

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και
Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 04.06.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 674/05.06.2019 της Ανώνυμης Εταιρείας με
την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον, όπως
νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Υπουργείου Προστασίας του Πολίτη/Αρχηγείο Ελληνικής
Αστυνομίας (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία
«.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στον
....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να
ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 4000/1/1-ογ'/22.05.2019 Απόφαση του
Προϊσταμένου του Κλάδου Οικονομοτεχνικής Υποστήριξης & Πληροφορικής του
Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας, κατά το μέρος που αποφασίστηκε: α) η
απόρριψη ως μη κανονικής της προσφοράς της προσφεύγουσας, καθώς
κρίθηκε ότι δεν πληρούσε του όρους του Παραρτήματος ΣΤ' της διακήρυξης του
διαγωνισμού, β) η αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα με την
επωνυμία «.....» και ήδη παρεμβαίνουσας και γ) η κλήση αυτής,
προκειμένου να υποβάλει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης ως
προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού.

Αριθμός Απόφασης: 827/2019

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η με αριθμό πρωτοκόλλου 4000/1/1-ογ'22.05.2019 Απόφαση του Προϊσταμένου του Κλάδου Οικονομοτεχνικής Υποστήριξης & Πληροφορικής του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το Υπουργείο Προστασίας του Πολίτη/Αρχηγείο Ελληνικής Αστυνομίας ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Διεθνή Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με αριθμό Διακήρυξης 05/2018 και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) 54563, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 07.03.2018 και στις 05.03.2018 δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης η υπ' αριθμ. 2018/S 047-102838 Προκήρυξη Σύμβασης, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια «ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΠΡΟΕΛΕΓΧΟΥ ΕΠΙΒΑΤΩΝ ΠΤΗΣΕΩΝ (ADVANCED PASSENGER INFORMATION SYSTEM - APIS)», (CPV 35721000-4), συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού οκτακοσίων σαράντα ενός χιλιάδων εννιακοσίων τριάντα πέντε ευρώ και σαράντα οκτώ λεπτών (841.935,48 €) άνευ Φ.Π.Α. 24%, περιλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης για την πρόσθετη συντήρηση, ποσού εκατόν δεκαέξι χιλιάδων εκατόν είκοσι εννέα ευρώ και τριών λεπτών (116.129,03 €), με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 23^η Απριλίου 2018 και ώρα 14:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την τέταρτη (4^η) εργάσιμη ημέρα μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και ώρα 10:30 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 23.04.2018 και ώρα 13:35:10 μ.μ. την υπ' αριθμ. 93290

Αριθμός Απόφασης: 827/2019

προσφορά της στον ανωτέρω Διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση Προσφυγή της, η οποία κατατέθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 04.06.2019, στρέφεται κατά της με αριθμό πρωτοκόλλου 4000/1/1-ογ'/22.05.2019 Απόφασης του Προϊσταμένου του Κλάδου Οικονομοτεχνικής Υποστήριξης & Πληροφορικής του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 26.05.2019, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 04.06.2019 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. στις 05.06.2019.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση Προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που αποφασίστηκε: α) η απόρριψη ως μη κανονικής της προσφοράς της, καθώς κρίθηκε ότι δεν πληρούσε του όρους του Παραρτήματος ΣΤ' της διακήρυξης του διαγωνισμού, β) η αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και ήδη παρεμβαίνουσας και γ) η κλήση αυτής, προκειμένου να υποβάλει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης ως προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αριθμό πρωτοκόλλου 4000/1/1-ογ'/22.05.2019 Απόφαση του Προϊσταμένου του Κλάδου Οικονομοτεχνικής Υποστήριξης & Πληροφορικής του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας, προκειμένου να γίνει δεκτή η προσφορά της και να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας στον υπό κρίση διαγωνισμό, άλλως να απορριφθούν αμφότερες οι προσφορές, να ματαιωθεί και να επαναπροκηρυχθεί ο διαγωνισμός.

Αριθμός Απόφασης: 827/2019

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 279624867959 0802 0037), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 03.06.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς, ποσού τριών χιλιάδων εξακοσίων τριάντα ευρώ (3.630,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 04.06.2019, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 14.06.2019 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 14 Ιουνίου 2019

Αριθμός Απόφασης: 827/2019

παρέμβαση της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «IKNOWHOW» που εδρεύει στον, όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι έχει ήδη ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος του ανωτέρω διαγωνισμού. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, αρχικά δυνάμει της υπ' αριθμ. 840/06.06.2019 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Αναθέτουσας Αρχής προ Χορήγησης Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε και υπέβαλε, εντός της οριζόμενης προθεσμίας και συγκεκριμένα στις 14.06.2019, στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

13. Επειδή, στην κρινόμενη Προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε παραδεκτά προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία απορρίφθηκε, κατά το μέρος που επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς της, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η προσφορά της κρίθηκε απορριπτέα και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αριθμό πρωτοκόλλου 4000/1/1-ογ'22.05.2019 Απόφασης του Προϊσταμένου του Κλάδου Οικονομοτεχνικής Υποστήριξης & Πληροφορικής του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας, καθώς σε περίπτωση ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης, με συνέπεια την

αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας, η προσφορά της θα μπορέσει να αξιολογηθεί και στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού.

14. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. ΕΑ ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του κοινοτικού (ενωσιακού πλέον) δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που αιτετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009, κ.α.). Εξάλλου, εφόσον ίσταται ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος, άνευ εννόμου συμφέροντος, καταρχήν, προβάλλονται λόγοι που αφορούν πλημμέλειες των προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων (ΣτΕ Ολ 697/1951 κ.α.), εφόσον πάντως, οι σχετικές αιτιάσεις δεν συνδέονται με τη διασφάλιση της αρχής του ίσου μέτρου κρίσεως (βλ. ΕΑ ΣτΕ 174/2016, 379-380/2012, πρβλ. ΕΑ 44/2012, 259/2012, 450/2011, κ.α., βλ. βλ. Πυργάκη «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», σελ. 430 επ. παρ. 12.6.5.).

15. Επειδή, περαιτέρω, ως προς την προβολή λόγων ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης, οι οποίοι αφορούν πλημμέλειες της προσφοράς της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και ήδη παρεμβαίνουσας, λεκτέα τυγχάνουν τα εξής. Συγκεκριμένα, υπό το φως των εξελίξεων και των ζυμώσεων που σημειώνονται σε νομολογιακό επίπεδο τόσο ενώπιον του ΔΕΕ όσο και ενώπιον του ΣτΕ αναφορικά με το έννομο συμφέρον (βλ. αναλυτικά τη μελέτη του Παρέδρου του ΣτΕ, Νικόλαου Κ. Μαρκόπουλου, «Το έννομο

Αριθμός Απόφασης: 827/2019

συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων»), η προσφεύγουσα κρίνεται ότι έχει κατ' αρχήν έννομο συμφέρον για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, σύμφωνα με τα αμέσως κατωτέρω εκτιθέμενα. Όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, της 21^{ης} Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (L 395/33/30.12.1989), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, δυνάμει της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11^{ης} Δεκεμβρίου 2007, για την τροποποίηση των Οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων (L 335/31/20.12.2007) και δη τη σκέψη 17 του προοιμίου της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ, του άρθρου 1, παρ. 3 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) το νέο άρθρο 2α, παρ. 2, εδάφιο β', ορίζει ότι: *«Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή.»*. Συγκεκριμένα, όπως κρίθηκε από το ΔΕΕ (Απόφαση της 11^{ης} Μαΐου 2017, υπόθεση C-131/16, Archus sp. z o.o. & Gama Jacek Lipik κατά Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., EU:C:2017:358, σκέψεις 51 και 55-59): *«51. ...στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, κάθε προσφέρων έχει έννομο συμφέρον που αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των άλλων, με σκοπό να του ανατεθεί η δημόσια σύμβαση (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 4^{ης} Ιουλίου 2013, Fastweb, υπόθεση C-100/12, EU:C:2013:448, σκέψη 33, της 5^{ης} Απριλίου 2016, PFE, υπόθεση C-689/13, EU:C:2016:199, σκέψη 27, καθώς και της 21^{ης} Δεκεμβρίου 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich υπόθεση C-355/15, EU:C:2016:988, σκέψη 29), ανεξαρτήτως του αριθμού των μετεχόντων στη διαδικασία και του αριθμού των μετεχόντων οι*

οποίοι άσκησαν προσφυγή (βλ., συναφώς, απόφαση της 5^{ης} Απριλίου 2016, PFE, υπόθεση C-689/13, EU:C:2016:199, σκέψη 29).» και ακολούθως: «55. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο προσφέρων που άσκησε την προσφυγή έχει έννομο συμφέρον να απορριφθεί η προσφορά του αναδόχου, πράγμα το οποίο μπορεί ενδεχομένως να καταλήξει στη διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 4^{ης} Ιουλίου 2013, Fastweb, υπόθεση C-100/12, EU:C:2013:448, σκέψη 33, καθώς και της 5^{ης} Απριλίου 2016, PFE, υπόθεση C-689/13, EU:C:2016:199, σκέψη 24).

56. Η ερμηνεία αυτή επιβεβαιώνεται από τις διατάξεις του άρθρου 2α, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας 92/13, όπου προβλέπεται ρητώς δικαίωμα των προσφερόντων οι οποίοι δεν έχουν αποκλεισθεί οριστικώς να προσφεύγουν, μεταξύ άλλων, κατά των αποφάσεων των αναθετόντων φορέων για την ανάθεση σύμβασης.

57. Είναι ασφαλώς αληθές ότι το Δικαστήριο έκρινε, στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση της 21^{ης} Δεκεμβρίου 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (υπόθεση C-355/15, EU:C:2016:988, σκέψεις 13 έως 16, 31 και 36), ότι ο προσφέρων του οποίου η προσφορά απορρίφθηκε από την αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης ενδέχεται να μην έχει τη δυνατότητα άσκησης προσφυγής κατά της απόφασης για την ανάθεση της εν λόγω σύμβασης. Παρά ταύτα, στην υπόθεση εκείνη, η απόφαση περί αποκλεισμού του οικείου προσφέροντος επικυρώθηκε με απόφαση η οποία περιβλήθηκε την ισχύ δεδικασμένου προτού αποφανθεί το δικαστήριο που επιλήφθηκε της προσφυγής κατά της απόφασης για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης, οπότε ο εν λόγω προσφέρων έπρεπε να θεωρηθεί ως οριστικώς αποκλεισθείς από τη διαδικασία σύναψης της επίμαχης δημόσιας σύμβασης.

58. [...]. Υπό τις συνθήκες αυτές, η έννοια της συγκεκριμένης σύμβασης του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 93/13 μπορεί, κατά περίπτωση, να αφορά την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης.

59. Από τις ανωτέρω εκτιμήσεις προκύπτει ότι η οδηγία 92/13 έχει την έννοια ότι, σε περίπτωση όπως η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης, στην οποία μια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης κατέληξε στην υποβολή δύο προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή εκ των οποίων η πρώτη απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των προσφερόντων και η δεύτερη αναθέτει τη δημόσια σύμβαση στον άλλον, ο αποκλεισθείς προσφέρων ο οποίος ασκεί προσφυγή κατά των ανωτέρω δύο αποφάσεων πρέπει να έχει τη δυνατότητα να ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου, πράγμα το οποίο συνεπάγεται ότι η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/13 μπορεί, κατά περίπτωση, να αφορά την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης.». Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η προσφεύγουσα, καίτοι η προσφορά της απορρίφθηκε από την αναθέτουσα αρχή, δεν έχει καταστεί ακόμα « τρίτος » ως προς τη συνέχιση του εν λόγω διαγωνισμού (βλ. συναφώς και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018, σκ. 71-73, πρβλ. και ΕΑ ΣΤΕ 130/2018), καθώς ο αποκλεισμός της, δεν έχει εισέτι καταστεί οριστικός. Ως εκ τούτου, όπως δέχεται πλέον και το ΔΕΕ (βλ. αναλυτικά τη μελέτη του Παρέδρου του ΣΤΕ, Νικόλαου Κ. Μαρκόπουλου, « Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων », σελ. 10 και Dr. Albert Sanchez-Graells, ECJ extends the Manova principles to the submission of samples & clarifies the scope of remedies directive in a procurement setting (C-131/16), διαθέσιμο στην ιστοσελίδα <https://albert-sanchezgraells.squarespace.com/?offset=1495004700399>), το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος υποψηφίου, καταλαμβάνει και το συμφέρον ματαίωσης του διαγωνισμού μόνο στο στάδιο ανάθεσης του διαγωνισμού, με την προσδοκία επαναπροκήρυξης της ίδιας ακριβώς διαγωνιστικής διαδικασίας, στην οποία ο προσφεύγων, με διορθωμένα τα πλημμελή δικαιολογητικά του, θα μπορέσει εκ νέου να λάβει μέρος νόμιμα στη νέα προκηρυχθείσα διαγωνιστική διαδικασία, όπως εν προκειμένω. Η ανωτέρω ερμηνεία εναρμονίζεται και με το δικαιοπολιτικό σκοπό θεσπίσεως, από την Οδηγία 2007/66, της διατάξεως του

άρθρου 2α της Οδηγίας 89/665 και της Οδηγίας 92/13, ο οποίος συνίσταται στην ανάγκη πρόβλεψης αποτελεσματικής προσφυγής στο χρονικό στάδιο «*μεταξύ της απόφασης για ανάθεση σύμβασης και της σύναψης της σχετικής σύμβασης*». Συνεπώς, κατ' αρχήν παραδεκτά ασκείται η υπό κρίση προσφυγή από άποψη εννόμου συμφέροντος, κατά το μέρος που στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης για την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και ήδη παρεμβαίνουσας και την ανάδειξη της, ως προσωρινού αναδόχου του εν λόγω διαγωνισμού. Ομοίως, μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλεται κατά τα ανωτέρω εκτιθέμενα και το επικουρικώς προβαλλόμενο αίτημα της προσφεύγουσας για απόρριψη αμφοτέρων των προσφορών των δύο μοναδικών υποψηφίων οικονομικών φορέων, με σκοπό τη ματαίωση του διαγωνισμού.

Νομίμως και παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

16. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 131 «Υπεργολαβία» (άρθρο 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 100 «Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών», κατά παραπομπή από το άρθρο 315 «Ειδικοί κανόνες διεξαγωγής διαδικασίας» του Ν. 4412/2016.

17. Επειδή, περαιτέρω, στο κεφάλαιο 2.2 της διακήρυξης με τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής – Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», στα «Κριτήρια Επιλογής», παρ. 2.2.4-2.2.6 (σελ. 19), ορίζεται ότι: *«Κριτήρια Επιλογής*

2.2.4 Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας

Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται

να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016. Στην περίπτωση οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε κράτος μέλους του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) ή σε τρίτες χώρες που προσχωρήσει στη ΣΔΣ, ή σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην προηγούμενη περίπτωση και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε αντίστοιχα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο.

2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών μέσω ισολογισμών της τελευταίας τριετίας, έτη 2015, 2016 & 2017 (σε περίπτωση μη τήρησης εγκεκριμένων και δημοσιευμένων ισολογισμών, αντίγραφα ισοζυγίων ή αντίστοιχων Φορολογικών Δηλώσεων), από τους οποίους θα προκύπτει ότι το ύψος του συνολικού κύκλου εργασιών της επιχείρησης, κατά μέσο όρο για το ανωτέρω χρονικό διάστημα, είναι ίσο ή μεγαλύτερο με το 1/3 του αθροίσματος της εκτιμώμενης αξίας της Σύμβασης, όπως αναφέρεται στην παράγραφο 1.3. της παρούσας διακήρυξης. Εάν η επιχείρηση λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας, θα υποβάλει ισολογισμούς ή φορολογικές δηλώσεις για όσο χρόνο λειτουργεί.

2.2.6 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων

Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται.

Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.».

18. Επειδή, στο κεφάλαιο 3 της διακήρυξης με τίτλο «ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ – ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ», άρθρο 3.1 με τίτλο «Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών», παρ. 3.1.2 με τίτλο «Αξιολόγηση προσφορών» (σελ. 29), ορίζεται ότι: «Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων.

Ειδικότερα:

α) το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, ήτοι η Μόνιμη Επιτροπή Παραλαβής και Αποσφράγισης Προσφορών του Αρχηγείου Ελληνικής Αστυνομίας (Μ.Ε.Π.Α.Π./Α.Ε.Α.), καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη του οργάνου.

β) Στη συνέχεια τα αρμόδια γνωμοδοτικά όργανα, δηλαδή η αρμόδια Επιτροπή Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών και η Μόνιμη Επιτροπή Προμηθειών και Σύναψης Δημόσιων Συμβάσεων Υπηρεσιών του Αρχηγείου Ελληνικής Αστυνομίας (Μ.Ε.Π.Σ.Δ.Σ.Υ/Α.Ε.Α.), προβαίνουν ταυτόχρονα στην αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών και των δικαιολογητικών συμμετοχής αντίστοιχα. Η αξιολόγηση γίνεται σύμφωνα με τους όρους της παρούσας και συντάσσονται τα αντίστοιχα πρακτικά αναφορικά με τα αποτελέσματα αυτής (αξιολόγησης).

Τα προαναφερόμενα πρακτικά κοινοποιούνται από τα ως άνω όργανα, μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας”, μόνο στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου

η τελευταία να ορίσει την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης του (υπο)φακέλου των οικονομικών προσφορών.

γ) Μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης, σύμφωνα με τα ανωτέρω, αποσφραγίζονται, κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στην ειδική πρόσκληση οι φάκελοι των υποβληθεισών οικονομικών προσφορών (προσφορές των οποίων τα αντίστοιχα δικαιολογητικά συμμετοχής κρίθηκαν πλήρη και οι τεχνικές προσφορές αποδεκτές).

δ) Η Επιτροπή Προμηθειών και Σύναψης Δημόσιων Συμβάσεων Υπηρεσιών του Αρχηγείου Ελληνικής Αστυνομίας (Μ.Ε.Π.Σ.Δ.Σ.Υ/Α.Ε.Α.) προβαίνει στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των προσφερόντων, των οποίων οι τεχνικές προσφορές και τα δικαιολογητικά συμμετοχής κρίθηκαν κατά την ανωτέρω περιγραφόμενη αξιολόγηση, πλήρη και σύμφωνα με τους όρους και τις απαιτήσεις της παρούσας και συντάσσει πρακτικό στο οποίο εισηγείται αιτιολογημένα την αποδοχή ή απόρριψή τους, την κατάταξη των προσφορών και την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου. Το εν λόγω πρακτικό κοινοποιείται από το ως άνω όργανο, μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας”, στην αναθέτουσα αρχή προς έγκριση.

Εάν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 Ν. 4412/2016, ως ισχύει.

Στην περίπτωση ισότιμων προσφορών η αναθέτουσα αρχή επιλέγει τον ανάδοχο με κλήρωση μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν ισότιμες προσφορές. Η κλήρωση γίνεται ενώπιον της Επιτροπής του Διαγωνισμού και παρουσία των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν τις ισότιμες προσφορές.

Στη συνέχεια εκδίδεται από την αναθέτουσα αρχή μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα όλων των ανωτέρω σταδίων (“Δικαιολογητικά Συμμετοχής”, “Τεχνική Προσφορά” και “Οικονομική Προσφορά”), η οποία

κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ.

Κατά της ανωτέρω απόφασης χωρεί προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3.4 της παρούσας.».

19. Επειδή, τέλος, στο κεφάλαιο 8 των «ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΠΡΟΕΛΕΓΧΟΥ ΕΠΙΒΑΤΩΝ ΠΤΗΧΕΩΝ (Advanced Passenger Information System-API)», που είναι συνημμένες και αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης με τίτλο «ΕΙΔΙΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ» (σελ. 56), ορίζεται ότι: *«Απαραίτητη προϋπόθεση για την κατάθεση προσφοράς από τον Ανάδοχο, είναι η πρότερη εμπειρία, του τελευταίου ή της/των εταιρείας/ειώντου συμμετέχουν στο σχήμα του υποψηφίου Αναδόχου, στην επιτυχή υλοποίηση και απρόσκοπτη λειτουργία για τουλάχιστον 3 (τρία) έτη, παρεμφερών έργων για Αρχές επιβολής του Νόμου, στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό, στο πλαίσιο των οποίων προσφέρθηκαν υπηρεσίες API. Ειδικότερα, για τις προσφερόμενες υπηρεσίες API, θα πρέπει ο υποψήφιος Ανάδοχος να αποδείξει ότι, διαχειρίστηκε με επιτυχία, όγκο ταξιδιωτικής κίνησης, ανάλογο με αυτόν, που προβλέπεται για τη Χώρα μας, σύμφωνα με την εκτίμηση του κεφ. «2.3 Περιγραφή Συστήματος API» του παρόντος τεύχους. Θα πρέπει ο υποψήφιος να προσκομίσει προς απόδειξη της ανωτέρω απαίτησης, πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή. [...].*

Ο υποψήφιος Ανάδοχος οφείλει να αποδείξει τις ανωτέρω ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής, καταθέτοντας τα ακόλουθα στοιχεία τεκμηρίωσης για τη συμμετοχή του προσωπικού που θα απασχολήσει στο, περιγραφόμενο από την παρούσα Διακήρυξη, έργο: [...].».

20. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και

Αριθμός Απόφασης: 827/2019

μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27).

21.Επειδή, περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους αναδόχους που

συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΛΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋλικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕΣ 78/2007).

22. Επειδή, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λ.π., C-599/2010, Ε :C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/2012, ΕU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λ.π., C-599/2010, ΕU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/2012, ΕU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της οικονομικής προσφοράς ή πολλώ δε μάλλον να καταλήξει στο να υποβάλλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα προσφορά βλ. αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2012, Archus and Gama, C-

131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λ.π., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να ζητήσει διευκρινίσεις από υποβάλλοντα προσφορά, του οποίου την προσφορά θεωρεί αόριστη ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές, της συγγραφής υποχρεώσεων βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λ.π., σκέψεις 36 και 37) και οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/1999 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 115). Ωστόσο, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40).

23. Επειδή, όπως προκύπτει από τις επίμαχες διατάξεις των παρ. 2.2.4-2.2.6 της διακήρυξης και δη τα οριζόμενα στην παρ. 2.2.6 αυτής, η δυνατότητα στήριξης στην ικανότητα τρίτων φορέων, επιφυλάσσεται αποκλειστικά και μόνο για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παρ. 2.2.5, χωρίς να υπάρχει καμία αναφορά στη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας των υποψηφίων ή την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, υπό την έννοια της παρ. 2.2.4 και δη την πλήρωση του κριτηρίου της παρ. 8 «Ειδικές απαιτήσεις» των Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης. Ωστόσο, όπως προέκυψε από το σύνολο των εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης, αλλά και τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής, η αληθής πρόθεση της τελευταίας δεν ήταν ουδόλως να αποκλειστεί η δυνατότητα προσφυγής στις δυνατότητες τρίτων φορέων για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας

των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, δεδομένου ότι αμφότερες οι συμμετέχουσες εταιρείες, υπέβαλαν τις προσφορές τους επικαλούμενες τη στήριξη τρίτων φορέων και έτσι έγιναν αποδεκτές και αξιολογήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή, χωρίς να ασκηθεί παραδεκτώς από οιονδήποτε ενδιαφερόμενο ή συμμετέχοντα, οποιαδήποτε προσφυγή επ' αυτού. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί σχετικά αντίκειται στο ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, ο συλλήβδην αποκλεισμός της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτων για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, εφόσον αυτό δεν δικαιολογείται βάσει του αντικειμένου της σύμβασης, της φύσης της, της σπουδαιότητάς της και δεν τελεί σε εύλογη αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, χωρίς να οδηγεί σε αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού, περιορίζοντας τον αριθμό των εν δυνάμει υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό (βλ. ΑΕΠΠ 416/2018 σκ. 23-25 και ΑΕΠΠ 672/2019). Συναφώς, η επιλογή της αναθέτουσας αρχής, να παραλείψει έναν τέτοιο όρο που προφανώς διευρύνει τα περιθώρια πρόσβασης των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό, ενισχύοντας την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού δεν συνάγεται άνευ άλλου τινός ότι σχετίζεται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, ούτε και οι περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό δικαιολογούνται από κάποιον επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος ώστε να τελούν σε αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου ότι συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του Δικαίου της Ένωσης (βλ. ΕλΣυν Τμ. Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης 3065/2014, ΕλΣυν Τμ. Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης 6022/2015). Συγκεκριμένα, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνον αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησεως αυτών των ικανοτήτων (ΕΑ ΣΤΕ 284/2013 και 409/2013). Ομοίως, καίτοι αφορούσε ζήτημα υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους της προκηρυχθείσας σύμβασης και όχι «δάνειας εμπειρίας» κατά την έννοια του άρθρου 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ

(άρθρο 78 του Ν. 4412/2016) και εν τέλει, κατέληγε να κρίνει επί του δικονομικού ζητήματος εάν, σε περίπτωση που ρήτρα προκηρύξεως διαγωνισμού είναι ασυμβίβαστη με την κοινοτική νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, κατά πόσο οφείλει η εσωτερική έννομη τάξη των κρατών μελών να προβλέπει τη δυνατότητα προβολής αυτού του ασυμβιβάστου στο πλαίσιο των διαδικασιών προσφυγής που προβλέπει η Οδηγία 89/665, ζήτημα το οποίο έκρινε καταφατικά (βλ. σκέψη 50), εντούτοις, το ΔΕΕ είχε την ευκαιρία στην Απόφαση της 18^{ης} Μαρτίου 2004, υπόθεση C-314/01, Siemens και ARGE Telekom & Partner, Συλλογή 2004, σ. I-02549 να υπογραμμίσει ότι διάταξη της προκηρύξεως διαγωνισμού η οποία απαγορεύει την υπεργολαβική ανάθεση σε τρίτους σημαντικών τμημάτων του αντικειμένου μιας σύμβασεως είναι αντίθετη προς την Οδηγία 92/50, όπως την ερμήνευσε το Δικαστήριο με την απόφασή του Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, Συλλογή της Νομολογίας, 1999, σελ. I-08607 (σκέψη 41). Ταυτόχρονα, όσον αφορά τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, το άρθρο 32, παράγραφος 2, στοιχεία γ' και η', της Οδηγίας 2004/18/EK ρητώς προβλέπει τη δυνατότητα του παρέχοντος υπηρεσίες να δικαιολογήσει την τεχνική του ικανότητα παραθέτοντας κατάλογο του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών είτε ανήκουν άμεσα είτε όχι στον συγκεκριμένο παρέχοντα υπηρεσίες, που έχει στη διάθεσή του για την παροχή της υπηρεσίας, ή προσδιορίζοντας το τμήμα του αντικειμένου της σύμβασεως που προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους, καταλήγοντας ότι ένα πρόσωπο δεν μπορεί να αποκλειστεί από διαδικασία συνάψεως δημόσιας σύμβασεως υπηρεσιών με την αιτιολογία απλώς και μόνον ότι προτίθεται να χρησιμοποιήσει, προς εκτέλεση της σύμβασεως, μέσα που δεν κατέχει το ίδιο αλλά που ανήκουν σε μία ή περισσότερες άλλες οντότητες. Εξ αυτού συνεπάγεται ότι είναι θεμιτό ο παρέχων υπηρεσίες που δεν πληροί ο ίδιος τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία συνάψεως δημόσιας σύμβασεως υπηρεσιών να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της σύμβασεως (σκέψη 43). Το ΔΕΕ με την προαναφερθείσα απόφασή του επανέλαβε τα πορίσματα της Απόφασης

της 2^{ας} Δεκεμβρίου 1999, υπόθεση Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψεις 24-31 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, Συλλογή της Νομολογίας, 1999, σελ. I-08607, όπου τόνισε ότι εναπόκειται στον παρέχοντα τις υπηρεσίες, ο οποίος προτίθεται να προσφύγει στις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τους οποίους συνδέεται αμέσως ή εμμέσως, προκειμένου να του επιτραπεί η συμμετοχή σε διαδικασία διαγωνισμού, να αποδείξει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν του ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως. Συναφώς, κρίθηκε ότι δεν αποκλείεται η επιβολή απαγορεύσεως ή περιορισμού της υπεργολαβικής προσφυγής σε τρίτους για την εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων της συμβάσεως, στην περίπτωση ακριβώς που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να εξετάσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων υπεργολάβων, στο πλαίσιο της εξετάσεως των προσφορών και της επιλογής του διαγωνιζομένου που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά (σκέψη 45), εφόσον διαπιστωθεί ότι με την επίμαχη διάταξη της διακήρυξης απαγορεύεται, στο στάδιο εξετάσεως των προσφορών και επιλογής του διαγωνιζομένου στον οποίο θα ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, η προσφυγή αυτού του διαγωνιζομένου στις υπηρεσίες τρίτων υπεργολάβων για σημαντικές παροχές από τις συνιστώσες το αντικείμενο της συμβάσεως. Πράγματι, πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνον αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησεως αυτών των ικανοτήτων (σκέψη 46). Επιπλέον, το ΔΕΕ στην Απόφαση της 27^{ης} Οκτωβρίου 2016, υπόθεση C-292/15, Hörmann Reisen GmbH κατά Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg, EU:C:2016:817, έκρινε ότι το ενωσιακό δίκαιο δεν απαγορεύει στην αναθέτουσα αρχή να ορίσει ότι ο φορέας στον οποίο έχει ανατεθεί η διαχείριση και η λειτουργία δημόσιων υπηρεσιών, πρέπει να εκπληρώσει ο ίδιος τη συμβατική παροχή σε ποσοστό 70% (βλ. σκέψεις 49-57). Συνεπώς, το ΔΕΕ επιτρέπει τη θέση περιορισμών εκ μέρους των αναθετουσών αρχών κατά τη διατύπωση των όρων μιας διακήρυξης για την προσφυγή στην επίκληση των ικανοτήτων τρίτων

φορέων (είτε πρόκειται για υπεργολαβική ανάθεση μέρους της σύμβασης είτε, όπως εν προκειμένω για στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα κατά την έννοια του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016), εφόσον αυτό δικαιολογείται βάσει του αντικειμένου της σύμβασης, της φύσης της, της σπουδαιότητάς της και τελεί σε εύλογη αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, χωρίς να οδηγεί σε αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού, περιορίζοντας τον αριθμό των εν δυνάμει υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό.

24. Επειδή, περαιτέρω, όπως έχει αποφανθεί το Δικαστήριο, ο περιορισμός της ασκήσεως του δικαιώματος που κατοχυρώνεται στα άρθρα 47 παρ. 2, και 48 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18/EK υπό εξαιρετικές περιστάσεις δεν αντιτίθεται στις ανωτέρω διατάξεις (βλ. σχετικά την απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψη 36). Πράγματι, δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο να υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες, οι οποίες απαιτούν συγκεκριμένη ικανότητα που δεν μπορεί να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστο ικανότητας περισσότερων φορέων. Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, συνεπώς, ευλόγως να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από ένα μόνον οικονομικό φορέα ή, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 44, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της Οδηγίας 2004/18/EK, στο μέτρο που η απαίτηση αυτή συνδέεται με το αντικείμενο της επίμαχης συμβάσεως και είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας (απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψη 35). Ομοίως δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο, υπό ειδικές περιστάσεις, λαμβανομένων υπόψη της φύσεως και των σκοπών ορισμένης συμβάσεως, οι ικανότητες ενός τρίτου φορέα, οι οποίες είναι αναγκαίες για την εκτέλεση της συμβάσεως, να μην είναι δυνατό να μεταβιβασθούν στον προσφέροντα. Συνεπώς, υπό τις εν λόγω περιστάσεις, ο προσφέρων μπορεί να επικαλείται τις εν λόγω ικανότητες μόνον εάν ο τρίτος φορέας έχει άμεση και προσωπική συμμετοχή στην εκτέλεση της επίμαχης συμβάσεως (απόφαση της 7ης

Απριλίου 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, EU:C:2016:214, σκέψη 41). Συνεπώς, στην προκειμένη περίπτωση σύμφωνα με όσα ανωτέρω εκτέθηκαν, η απουσία σχετικής πρόβλεψης στο κείμενο της διακήρυξης του διαγωνισμού και η έλλειψη όρου, σύμφωνα με τον οποίο, ο υποψήφιος οικονομικός φορέας θα μπορούσε να συμμετάσχει στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, στηριζόμενος στις ικανότητες τρίτων φορέων αποκλείει *a priori* τη δυνατότητα του οικονομικού φορέα να αποδείξει με μέσα άλλα, πλην των ρητών προβλεπόμενων, τα ποιοτικά κριτήρια της επαγγελματικής και τεχνικής του ικανότητας αποτελεί ευθεία παράβαση της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας για τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων. Η πλήρης απουσία διάταξης στο κείμενο της διακήρυξης, που να δίνει τη δυνατότητα στον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, να λάβει μέρος στον επίμαχο διαγωνισμό στηριζόμενος στις τεχνικές-επαγγελματικές ή τις οικονομικές-χρηματοοικονομικές δυνατότητες έχει προδήλως ως συνέπεια να καθιστά πρακτικά ανεφάρμοστη τη διάταξη του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, όπως αυτή μετέφερε στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

25. Επειδή, συναφώς, όπως ήδη ειπώθηκε, σύμφωνα με την παρ. 2.2.6 της διακήρυξης με τίτλο «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» (σελ. 19), η δυνατότητα επίκλησης της ικανότητας τρίτων φορέων εκ μέρους του συμμετέχοντος υποψηφίου, επιφυλάσσεται ρητά μόνο για την περίπτωση της παρ. 2.2.5 της διακήρυξης, αλλά όχι και για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας ή/και την καταλληλότητα άσκησης της επαγγελματικής δραστηριότητας της παρ. 2.2.4. Με τον τρόπο αυτό όμως, μια τέτοια υποτιθέμενη επιλογή της αναθέτουσας αρχής, καθίσταται, παντελώς αδικαιολόγητη και υπέρμετρη, καθώς οδηγεί σε συλλήβδην εξαίρεση της συμμετοχής στον διαγωνισμό, οικονομικών φορέων που δεν διαθέτουν οι ίδιοι τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ή τα κριτήρια καταλληλότητας, αλλά θα μπορούσαν ευχερώς να καλύψουν αυτή τους την έλλειψη μέσω της προσφυγής στη διαδικασία του δανεισμού του ελλείποντος κριτηρίου επιλογής, μέσω τρίτου φορέα. Στην ίδια λογική, όπως ήδη εκτέθηκε,

μια τέτοια επιλογή του αναθέντος φορέα δεν εδράζεται πουθενά και σε κάθε περίπτωση, δεν μπορεί να οδηγήσει σε ολοκληρωτικό αποκλεισμό της στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα. Με τη διατύπωση της παρ. 2.2.6 επιτυγχάνεται σε αντίθεση με την αληθή πρόθεση της αναθέτουσας αρχής, όπως συνήχθη από το σύνολο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ο εξ αρχής αποκλεισμός εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι θα μπορούσαν να συμμετάσχουν με επίκληση της ικανότητας τρίτων φορέων, περιορίζοντας έτσι, πέραν του αναγκαίου μέτρου και σε πλήρη δυσαναλογία με τους ευλόγως επιδιωκόμενους στόχους της διακήρυξης, την ανάπτυξη συνθηκών βέλτιστου ανταγωνισμού και ανάθεσης της σύμβασης στον ιδανικότερο υποψήφιο. Εξάλλου και από συστηματική άποψη, τόσο το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, όσο και η παρ. 2.2.6 της διακήρυξης, εντάσσονται στο εννοιολογικό πλαίσιο ρύθμισης των κριτηρίων επιλογής του υποψηφίου οικονομικού φορέα και όπως προκύπτει από το πλέγμα των σχετικών διατάξεων, αλλά και την προαναφερθείσα εθνική και ενωσιακή νομολογία, ο μοναδικός περιορισμός που κρίνεται επιτρεπτός σχετικά, αφορά την αδυναμία του οικονομικού φορέα να αποδείξει την εν τοις πράγμασι στήριξή του στις ικανότητες τρίτου φορέα. Σε αυτή και μόνο την περίπτωση, όπως έκρινε και το ΔΕΕ με την Απόφαση της 18^{ης} Μαρτίου 2004, υπόθεση C-314/01, Siemens και ARGE Telekom & Partner, Συλλογή 2004, σ. I-02549, σκέψη 45, παρίσταται ως δικαιολογημένη η επιβολή απαγορεύσεως ή περιορισμού της δυνατότητας επίκλησης των ικανοτήτων τρίτων φορέων για την εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων της συμβάσεως, εφόσον η αναθέτουσα αρχή, με την ύπαρξη ενός τέτοιου όρου στο κείμενο της διακήρυξης, αποδεδειγμένα κατά το στάδιο εξέτασης και αξιολόγησης των προσφορών των υποψηφίων, δεν θα είναι σε θέση να εξετάσει και να αξιολογήσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων φορέων (υπεργολάβων ή δανειζόντων εμπειρία), γεγονός όμως που στην προκείμενη περίπτωση, δεν συντρέχει. Ως εκ τούτου, δεν μπορούν να τίθενται περαιτέρω περιορισμοί ως προς την άσκηση του δικαιώματος προσφυγής στις δυνατότητες τρίτου, πολλώ δε μάλλον, είναι παράνομος ο συλλήβδην αποκλεισμός του συγκεκριμένου δικαιώματος εκ προοιμίου, όπως καταληκτικά συμβαίνει εν προκειμένω. Ως εκ τούτου, εάν

επρόκειτο για δικαιολογημένο πλήρη αποκλεισμό της δυνατότητας προσφυγής στις ικανότητες τρίτου φορέα για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας τόσο της προσφεύγουσας όσο και της παρεμβαίνουσας, οι εκατέρωθεν ισχυρισμοί θα κρίνονταν αλυσιτελώς προβαλλόμενοι και θα παρείλκε η περαιτέρω εξέτασή τους, καθώς οι προσφορές τους θα κρίνονταν εξ αρχής απορριπτέες, λόγω μη επιτρεπτής βάσει της γραμματικής διατύπωσης της διακήρυξης και έλλειψης σχετικού όρου σε αυτήν, στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειάς τους. Ωστόσο, είναι προφανής η αληθής και ορθή πρόθεση της αναθέτουσας αρχής να διεξαχθεί ο εν λόγω διαγωνισμός με τη χρήση της δυνατότητας προσφυγής στις ικανότητες τρίτου φορέα, όχι μόνο για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παρ. 2.2.5 των υποψηφίων, αλλά και περαιτέρω για την τεκμηρίωση της τεχνικής και επαγγελματικής τους επάρκειας και δη των προσόντων της παρ. 8 «Ειδικές απαιτήσεις» των Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης. Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Χ. Ζαράρη, δοθέντος ότι στην οικεία διακήρυξη δεν περιλαμβάνεται ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής, η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ως νομίμως δύναται να επιλέξει η αναθέτουσα αρχή κατά τις σαφείς διατάξεις του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 όπου τα εν λόγω κριτήρια δεν τίθενται ούτε υποχρεωτικά ούτε σωρευτικά, δεν τίθεται ζήτημα σύννομης ή μη εφαρμογής του άρθρου 78 ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των προσφερόντων, μη αποκλειόμενης της υπεργολαβίας προς πλήρωση των οικείων απαιτήσεων που τέθηκαν στις τεχνικές προδιαγραφές. Υπό το πρίσμα αυτό, θα εξετασθούν κατωτέρω οι λόγοι προσφυγής και οι αντίστοιχοι λόγοι παρέμβασης.

26. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής (υπό «Α. Ως προς την απόρριψη της προσφοράς μας. Ι. Ως προς την τεχνική προσφορά. 1.», σελ. 5-6 της προσφυγής), η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η απόρριψη της προσφοράς της δεν ήταν νόμιμη. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι: *«Η τεχνική μας προσφορά κρίθηκε απορριπτέα, για τους λόγους που αναφέρονται στο από 23-08-2018 πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών. Συγκεκριμένα,*

κρίθηκε ότι από τα υποβληθέντα με την προσφορά μας δικαιολογητικά «προκύπτει η παροχή υπηρεσιών τύπου API της εταιρίας «.....» (σ.σ. υπ-εργολάβου μας) σε Αρχές της Ολλανδίας και Δανίας, αλλά όχι η τουλάχιστον τριετής διάρκεια αυτής. Επιπρόσθετα, καίτοι στην αναφερόμενο σύνδεσμο εμφανίζεται η ταξιδιωτική κίνηση στους αερολιμένες των ανωτέρω Κ-Μ, δεν βεβαιώνεται από καμία αρμόδια Αρχή ο όγκος ταξιδιωτικής κίνησης που διαχειρίστηκε η εταιρία «.....» παρά μόνο από την ίδια την εταιρεία».

Η απόρριψη της προσφοράς μας με το σκεπτικό αυτό, με παράλληλη αποδοχή της προσφοράς της ανταγωνίστριας «.....» παραβιάζει το ίσο μέτρο κρίσης. Διότι η προσφορά εκείνης έγινε δεκτή με μόνη την υποβολή μίας με ημερομηνία 18-04-2018 επιστολής του Υπουργείου Εσωτερικών του Ηνωμένου Βασιλείου, στο οποίο αναφέρεται ότι «Η έχει εκτελέσει και παρέχει υποστήριξη και συντήρηση ενός συστήματος ICT για την επεξεργασία δεδομένων API (Advanced Passenger Information) για τη Συνοριακή Δύναμη του Ηνωμένου Βασιλείου (UK Border Force). Η IBM παρέχει μία μορφή της υπηρεσίας προς είτε τη Συνοριακή Δύναμη είτε σε τρίτους προμηθευτές της από την 1η Νοεμβρίου 2004. Εντός του 2017 η IBM ανέφερε ότι το σύστημα επεξεργάστηκε 299,69 εκατομμύρια μοναδικές κινήσεις επιβατών». Από την επιστολή αυτή, όσο και αν προέρχεται από δημόσια αρχή, δεν προκύπτει η διάρκεια της παροχής των υπηρεσιών της IBM (γίνεται μεν λόγος για έναρξη της παροχής των υπηρεσιών την 01-11-2004, δεν προκύπτει, όμως, ποια ήταν η παρεχόμενη υπηρεσία ούτε ποιος ο αποδέκτης της, και άρα δεν προκύπτει, ότι συμπληρώθηκε η προβλεπόμενη στη διακήρυξη προϋπόθεση της παροχής υπηρεσιών παρεμφερών προς τις ένδικες σε δημόσια αρχή και για διάστημα τουλάχιστον τριών ετών. Επίσης, δεν υπάρχει βεβαίωση για τον όγκο της ταξιδιωτικής κίνησης που η εταιρία διαχειρίστηκε, αλλά μόνο γίνεται αναφορά σε δηλώσεις της ίδιας της εταιρίας, τις οποίες ο συντάκτης του ως άνω εγγράφου δεν επιβεβαιώνει.». Επί του ανωτέρω πρώτου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή με το με αριθμό πρωτοκόλλου 4000/1/1-ρλζ'/14.06.2019 έγγραφό της, με θέμα: «Η από 04-6-2019 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «.....», κατά της υπ' αριθ. 4000/1/1-ογ' από 22-5-

Αριθμός Απόφασης: 827/2019

2019 Απόφασης του κ. Προϊσταμένου του Κλάδου Οικονομοτεχνικής Υποστήριξης και Πληροφορικής του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας, στο πλαίσιο του ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού της υπ' αριθ. 5/2018 Διακήρυξης του Αρχηγείου Ελληνικής Αστυνομίας, για την προμήθεια «Συστήματος προελέγχου επιβατών (Advanced Passenger Information System - APIS)».», «ΜΕΡΟΣ Β. ΑΠΟΨΕΙΣ», το οποίο αναρτήθηκε στην «επικοινωνία» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 14.06.2019, ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «*Ι. Ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», κατέθεσε, με την τεχνική του προσφορά, την υπ' αριθ. 17-0578666 από 18-01-2018 Συστατική Επιστολή της Υπηρεσίας Τελωνείων της Δανίας, από την οποία προκύπτει ότι η εταιρεία «Rockwell Collins/ARINC», έχει προμηθεύσει και συνεχίζει να παρέχει Σύστημα Υπηρεσιών Δεδομένων Προελέγχου Επιβατών προς τα τελωνεία της Δανίας. Επιπλέον, ο εν λόγω Σελίδα 25 από 29 της υπ' αριθ. 4000/1/1-ρλζ Έκθεσης Απόψεων του Προϊσταμένου Κ.Ο.Τ.Υ.Π. / Α.Ε.Α. οικονομικός φορέας, κατέθεσε, στην τεχνική του προσφορά την από 18-4-2018 Συστατική Επιστολή του Υπουργείου Άμυνας/ Υπηρεσία Κέντρου Στόχευσης Συνόρων, από την οποία προκύπτει ότι η εταιρεία «Rockwell Collins/ARINC» έχει προμηθεύσει και συνεχίζει να παρέχει Σύστημα Υπηρεσιών Δεδομένων Επιβατών, συμπεριλαμβάνοντας Υπηρεσίες Συστήματος Προελέγχου Επιβατών API προς τις Βασιλικές Ένοπλες Δυνάμεις της Ολλανδίας.*

Από τα ανωτέρω δικαιολογητικά προκύπτει η παροχή υπηρεσιών τύπου API της εταιρείας «.....», σε Αρχές της Ολλανδίας και Δανίας.

Στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Συμβάσεων (Ε.Ε.Ε.Σ.), που κατέθεσε στην προσφορά του ο διαλαμβανόμενος οικονομικός φορέας, στην παρ. «Δ: Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας», εμφανίζεται ως προτεινόμενος υπεργολάβος η εταιρεία «.....» (Με ποσοστό 10%).

Στην παρ. 8 «Ειδικές Απαιτήσεις» των Τεχνικών Προδιαγραφών της ανωτέρω εν θέματι διακήρυξης, αναφέρεται ότι:

«Απαραίτητη προϋπόθεση για την κατάθεση προσφοράς από τον Ανάδοχο, είναι η πρότερη εμπειρία, του τελευταίου ή της/των εταιρείας/ειών που συμμετέχουν

στο σχήμα του υποψηφίου Αναδόχου, στην επιτυχή υλοποίηση και απρόσκοπτη λειτουργία για τουλάχιστον 3 (τρία) έτη, παρεμφερών έργων για Αρχές επιβολής του Νόμου, στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό, στο πλαίσιο των οποίων προσφέρθηκαν υπηρεσίες API. Ειδικότερα, για τις προσφερόμενες υπηρεσίες API, θα πρέπει ο υποψήφιος Ανάδοχος να αποδείξει ότι, διαχειρίστηκε με επιτυχία, όγκο ταξιδιωτικής κίνησης, ανάλογο με αυτόν, που προβλέπεται για τη Χώρα μας, σύμφωνα με την εκτίμηση του κεφ. «2.3 Περιγραφή Συστήματος API» του παρόντος τεύχους. Θα πρέπει ο υποψήφιος να προσκομίσει προς απόδειξη της ανωτέρω απαίτησης, πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια Αρχή.».

Τα περιγραφόμενα στοιχεία στην εν λόγω παράγραφο, αποτελούν ουσιαστικά, τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (κριτήριο επιλογής), του ίδιου του οικονομικού φορέα ή της/των εταιρείας/ειών που συμμετέχουν στο σχήμα του συμμετέχοντα στον διαγωνισμό (παρέχεται η δυνατότητα στον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα για στήριξη σε τεχνική και επαγγελματική ικανότητα τρίτου).

Σύμφωνα με το άρθ. 78 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα Αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των συνεργαζόμενων φορέων για τον σκοπό αυτό. Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 75 του ίδιου Νόμου, οι πόροι αυτοί, μπορούν να είναι ανθρώπινοι, τεχνικοί ή εμπειρία.

Ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....» θα χρησιμοποιήσει το δίκτυο "AniNET" της «.....», για την λήψη των μηνυμάτων API από τους αερομεταφορείς, καθώς και το λογισμικό "ABMS" της ίδιας εταιρείας, για τη διεπαφή με τον τελικό χρήστη. Ως εκ τούτου, θα στηριχθεί στις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες, καθώς και στην εμπειρία της εταιρείας «.....» για την υλοποίηση του έργου. Συνεπώς, θα έπρεπε να προσκομίσει σχετική δέσμευση της εταιρείας «.....» για την παροχή των αναγκαίων, για την υλοποίηση του υπόψη έργου, πόρων.

Ωστόσο, η εν λόγω δέσμευση ουδέποτε προσκομίστηκε από τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «.....».

Από τα προαναφερόμενα, καθώς και από την από 05-8-2018 Επιστολή του οικονομικού φορέα «.....», η οποία προσκομίστηκε, κατόπιν διευκρινιστικού ερωτήματος της Αναθέτουσας Αρχής, συμπεραίνεται ότι, από τις Συστατικές Επιστολές που προσκόμισε ο εν λόγω οικονομικός φορέας, με σκοπό την κάλυψη των προϋποθέσεων της παρ. 8 «Ειδικές Απαιτήσεις» των τεχνικών προδιαγραφών της οικείας διακήρυξης, δεν προκύπτει το χρονικό διάστημα και ο όγκος ταξιδιωτικής κίνησης που η εταιρεία «.....», την οποία ο προαναφερόμενος φορέας προτείνει μόνο ως υπεργολάβο, παρείχε υπηρεσίες Συστήματος Υπηρεσιών Δεδομένων Προελέγχου Επιβατών στις αρμόδιες, κάθε φορά, Αρχές.

Ως εκ τούτου δε δύναται να επιβεβαιωθεί η απαίτηση για τουλάχιστον τριετή (3) διάρκεια παροχής υπηρεσιών Προελέγχου Επιβατών (API), της παρ. 8 «Ειδικές Απαιτήσεις» των Τεχνικών Προδιαγραφών της εν θέματι διακήρυξης, από την εταιρεία «.....», η οποία ως Σελίδα 26 από 29 της υπ' αριθ. 4000/1/1-ρλζ Έκθεσης Απόψεων του Προϊσταμένου Κ.Ο.Τ.Υ.Π. / Α.Ε.Α. εμφανίζεται από τα λεκτέα, θα μπορούσε να παρέχει στον υποψήφιο ανάδοχο και την απαιτούμενη εμπειρία (ως δανείζων εμπειρία).

Εν αντιθέσει, ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», για την κάλυψη των απαιτήσεων της παρ. 8 «Ειδικές Απαιτήσεις» των Τεχνικών Προδιαγραφών της εν λόγω διακήρυξης, προσκόμισε, με την τεχνική του προσφορά, την από 18-4-2018 Συστατική Επιστολή του Υπουργείου Εσωτερικών του Ηνωμένου Βασιλείου, από την οποία προκύπτει ότι:

«Η έχει εκτελέσει και παρέχει υποστήριξη και συντήρηση ενός συστήματος ICT για την επεξεργασία δεδομένων API (Advanced Passenger Information), για την Συνοριακή Δύναμη του Ηνωμένου Βασιλείου (UK Border Force). Η IBM παρέχει μια μορφή της υπηρεσίας προς είτε την Συνοριακή Δύναμη είτε σε τρίτους προμηθευτές της από την 1η Νοεμβρίου 2004. Εντός του 2017, η IBM ανέφερε ότι το σύστημα επεξεργάστηκε 299,69 εκατομμύρια μοναδικές κινήσεις επιβατών».

Συνεπώς, από την εν λόγω Συστατική Επιστολή προκύπτει, η ημερομηνία έναρξης, κατά την οποία η IBM UK, παρείχε υπηρεσίες συστήματος για την

επεξεργασία δεδομένων API (παρεχόμενη υπηρεσία), στη Συνοριακή Δύναμη του Ηνωμένου Βασιλείου (Αρχή επιβολής του Νόμου ως αποδέκτης αυτής) και δύνανται να επιβεβαιωθεί η απαίτηση για τουλάχιστον τριετή διάρκεια παροχής υπηρεσιών Προελέγχου Επιβατών(API) (παρέχονται από τον 11/2004), καθώς και ο όγκος ταξιδιωτικής κίνησης (299,69 εκατομμύρια μοναδικές κινήσεις επιβατών για το έτος 2017) της παρ. 8 «Ειδικές Απαιτήσεις» των Τεχνικών Προδιαγραφών της εν θέματι διακήρυξης.». Ομοίως, αναφορικά με τον εξεταζόμενο λόγο προσφυγής, η παρεμβαίνουσα, στην ασκηθείσα παρέμβασή της, υποστηρίζει ότι αυτός πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος για τους λόγους που εκτενώς αναλύει στις σελ. 8-10 της παρέμβασής της (υπό «III. Λόγοι απόρριψης της με ημερομηνία 04.06.2019 Προσφυγής της εταιρείας Α. Επί των λόγων προσφυγής που αφορούν την προσφορά της προσφεύγουσας, 1. Επί του πρώτου λόγου Προσφυγής (Α.Ι.1)»).

27. Επειδή, μετά από ενδελεχή επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης και ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως προέκυψε από το μακροσκελές ιστορικό της υπόθεσης που αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις σελ. 1-24 των απόψεών της, υπό «ΜΕΡΟΣ Α΄-ΙΣΤΟΡΙΚΟ» και στο οποίο ομονοούν και αντίστοιχα παραπέμπουν, τόσο η προσφεύγουσα στις σελ. 4-5 της κρινόμενης προσφυγής της όσο και η παρεμβαίνουσα, στις σελ. 5-8 της ασκηθείσας παρέμβασής της, δυνάμει του από 23.08.2018 Πρακτικού Συνεδρίασης της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών του διαγωνισμού προτάθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας να μην κριθεί ως αποδεκτή, λαμβάνοντας υπόψη τα αναφερόμενα υπό (I) και (II) του εν λόγω Πρακτικού, ενώ αντιθέτως η Επιτροπή Αξιολόγησης πρότεινε να κριθεί αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, κατόπιν και των διευκρινίσεων που παρασχέθηκαν από την τελευταία, όπως αυτές αναφέρονται στο οικείο Παρακτικό. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή Αξιολόγησης πρότεινε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας για τους ακόλουθους λόγους:

«(Α) Αναφορικά με την τεχνική προσφορά του υποψηφίου Αναδόχου με δ.τ. «.....»:

Εξετάζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές της οικείας διακήρυξης, την τεχνική προσφορά της ανωτέρω εταιρείας, τα ζητήματα που τέθηκαν προς διευκρίνιση και αποτυπώθηκαν στο ανωτέρω (ε) Πρακτικό και τις δοθείσες διευκρινήσεις, όπως εμφανίζονται και στην ανωτέρω (ιβ) Επιστολή, καθώς και τον σχολιασμό των διευκρινήσεων στο ανωτέρω (ιγ) Πρακτικό, η Επιτροπή κατέληξε στα κάτωθι συμπεράσματα:

(Ι) Στις οικείες τεχνικές προδιαγραφές αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι είναι απαραίτητη προϋπόθεση για την κατάθεση προσφοράς από τον Ανάδοχο,

- Η πρότερη εμπειρία, του τελευταίου ή της/των εταιρείας/ειών που συμμετέχουν στο σχήμα του υποψηφίου Αναδόχου, στην επιτυχή υλοποίηση και απρόσκοπτη λειτουργία για τουλάχιστον 3 (τρία) έτη, παρεμφερών έργων για Αρχές επιβολής του Νόμου, στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό, στο πλαίσιο των οποίων προσφέρθηκαν υπηρεσίες API.
- Η απόδειξη ότι διαχειρίστηκε με επιτυχία, όγκο ταξιδιωτικής κίνησης, ανάλογο με αυτόν, που προβλέπεται για τη Χώρα μας,
- Η προσκόμιση προς απόδειξη της ανωτέρω απαίτησης, πιστοποιητικών που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια Αρχή.

Από το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (ΕΕΕΠ), που προσκόμισε η εν λόγω εταιρεία, προκύπτει ότι η εταιρεία «.....» είναι υπεργολάβος της εταιρίας «.....» και συμμετέχουσα στο σχήμα της τελευταίας.

Επιπλέον, για την πλήρωση των ανωτέρω απαιτήσεων ο υποψήφιος Ανάδοχος «.....», στην τεχνική του προσφορά, προσκόμισε, ως απόδειξη ότι στηρίζεται στην πρότερη εμπειρία της εταιρείας «.....», τα κάτωθι:

- Το υπ' αριθ. 17-0578666 από 18/01/2018 έγγραφο της Υπηρεσίας Τελωνείων Δανίας/ Κεντρική Υπηρεσία Επιβολής Νόμου & Επικοινωνίας των Δανικών Τελωνείων SKAT,
- Η από 18/04/2018 Συστατική Επιστολή της Υπηρεσίας Κέντρου Στόχευσης Συνόρων/ Τακτική Διοίκηση/ Βασιλικές Ένοπλες Δυνάμεις της Ολλανδίας/Υπουργείο Άμυνας.

- Η από 30/07/2018 Επιστολή της εταιρείας «ARINC Incorporated».
- Η αναφορά στον ηλεκτρονικό σύνδεσμο http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=File:Overview_of_EU28_air_passenger_transport_by_Member_States_in_2016_passengers_carried.png

Από τα ανωτέρω δικαιολογητικά, προκύπτει η παροχή υπηρεσιών τύπου API της εταιρείας «.....» σε Αρχές της Ολλανδίας και Δανίας, αλλά όχι η τουλάχιστον τριετής διάρκεια αυτής. Επιπρόσθετα, καίτοι στον αναφερόμενο σύνδεσμο εμφανίζεται η ταξιδιωτική κίνηση στους αερολιμένες των ανωτέρω Κ-Μ, δεν βεβαιώνεται από καμία αρμόδια Αρχή ο όγκος ταξιδιωτικής κίνησης που διαχειρίστηκε η εταιρεία «.....», παρά μόνο από την ίδια την εταιρεία.

(II) Σύμφωνα με το Ν. 4412/2016 όπως ισχύει, αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα Αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των συνεργαζόμενων φορέων για τον σκοπό αυτό. Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 75 του ίδιου Νόμου, οι πόροι αυτοί, μπορούν να είναι ανθρώπινοι, τεχνικοί ή εμπειρία.

Στο ανωτέρω (iv) Πρακτικό της Επιτροπής, τεκμηριώνεται η στήριξη του υποψηφίου Αναδόχου στις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες, καθώς και στην εμπειρία της εταιρείας «.....» για την υλοποίηση του έργου και ως εκ τούτου, θα έπρεπε να προσκομίσει σχετική δέσμευση της εταιρείας «.....» για την παροχή των αναγκαίων, για την υλοποίηση του υπόψη έργου, πόρων.

Ειδικότερα, ο υποψήφιος Ανάδοχος, θα χρησιμοποιήσει το δίκτυο “AviNET” της «.....», για την λήψη των μηνυμάτων API από τους αερομεταφορείς, καθώς και το λογισμικό “ABMS” της ίδια εταιρείας, για τη διεπαφή με τον τελικό χρήστη. Ωστόσο, η εν λόγω δέσμευση δεν προσκομίστηκε από τον υποψήφιο Ανάδοχο. Σύμφωνα με όσα αναπτύχθηκαν παραπάνω, η προσφεύγουσα υπέβαλε το Ενιαίο Ευρωπαϊκό Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «ΕΕΕΠ_signed.pdf»), στο οποίο στο «Μέρος II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», υπό «Γ:

Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων», στο ερώτημα αν ο συμμετέχων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω, έδωσε την απάντηση « *ΟΝαι •Οχι*», ενώ αντίστοιχα, στο «Μέρος Δ: Πληροφορίες σχετικά με υπερβολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας», στην ερώτηση αν ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπερβολαβίας, έδωσε την απάντηση « *•Ναι Ο Όχι*», δηλώνοντας ως υπερβολάβο αυτής, κατά ποσοστό 10% την εταιρεία με την επωνυμία «.....». Ωστόσο, η προσφεύγουσα, σε απάντηση διευκρινίσεων που ζητήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή, υπέβαλε στην τελευταία, τα αναφερόμενα στο από 23.08.2018 Πρακτικό αποδεικτικά στοιχεία, προκειμένου να στηρίξει την τεχνική και επαγγελματική της επάρκεια στις ικανότητες τρίτου φορέα, ήτοι επικαλούμενη τη «δάνεια εμπειρία» της εταιρείας «.....», κατά την παρ. 2.2.6 της διακήρυξης και το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, σε πλήρη αντίθεση με όσα όλως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, τα ανωτέρω αποδεικτικά στοιχεία, υποβλήθηκαν από αυτήν, όπως και η ίδια ομολογεί στη συνέχεια της προσφυγής της και διαπιστώθηκε ορθά και από την Επιτροπή Αξιολόγησης του διαγωνισμού στο από 07.08.2018 Πρακτικό της (στο «Ζήτημα 4^ο» αυτού, όπου και επισημάνθηκε ότι η προσφεύγουσα, εφόσον στηρίζεται στην εμπειρία τρίτου φορέα, θα έρεπε να προσκομίσει σχετική δέσμευση προς τούτο της εταιρείας «.....»), προκειμένου να αποδείξει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης, της εταιρείας «.....», στις ικανότητες της οποίας επρόκειτο να στηριχθεί, δεδομένου ότι η ίδια, όπως παραδέχεται σε άλλο σημείο της προσφυγής της, δεν διέθετε. Συνεπώς, ανεξάρτητα από το περιεχόμενο των προσκομισθέντων αποδεικτικών στοιχείων εκ μέρους της προσφεύγουσας και την πλήρωση ή όχι των οριζόμενων στην παρ. 8 των «Ειδικών Απαιτήσεων» των Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης, η προσφορά της προσφεύγουσας θα έπρεπε να έχει κριθεί απορριπτέα και ως εκ

τούτου να απορριφθεί συλλήβδην και ο υπό κρίση προσβαλλόμενος λόγος προσφυγής, για τους εξής λόγους. Όπως επισημαίνει η προσφεύγουσα σε επόμενο λόγο της προσφυγής της, η παρ. 2.2.6 της διακήρυξης, κατά ρητή πρόβλεψη, επιτρέπει τη στήριξη στις ικανότητες τρίτων φορέων, αποκλειστικά και μόνο για την απόδειξη των κριτηρίων επιλογής που αφορούν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, κατά την παρ. 2.2.5 της διακήρυξης. Ανεξάρτητα από τη νομιμότητα ή μη της συγκεκριμένης πρόβλεψης, όπως εκτέθηκε και ανωτέρω στις σκέψεις 23-25 της παρούσας, τυγχάνει εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016. Επομένως, πράγματι μπορεί ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, προκειμένου να αποδείξει την τεχνική και επαγγελματική του επάρκεια να επικαλεστεί τις ικανότητες τρίτου φορέα, γεγονός που από το σύνολο των εκατέρωθεν ισχυρισμών, φαίνεται να αποτελεί και την πρόθεση της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, παρά την αντίθετη ρητή πρόβλεψη στο κείμενο της διακήρυξης. Εντούτοις, η προσφεύγουσα, δεν θα μπορούσε νομίμως να επικαλεστεί «δάνεια εμπειρία» από την εταιρεία «.....», καθώς δεν δήλωσε κάτι τέτοιο στο υποβληθέν από αυτήν Ε.Ε.Ε.Σ., αλλά ούτε και υπέβαλε σχετικό Ε.Ε.Ε.Σ. η ίδια η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία, ως τρίτος φορέας, σύμφωνα με τη ρητή πρόβλεψη του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι νομίμως δήλωσε ότι για την πλήρωση των κριτηρίων καταλληλότητας της παρ. 2.2.4 ή των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας της διακήρυξης, θα στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου φορέα. Το μέλος Χ. Ζαράρη εξέφρασε την ακόλουθη ειδική γνώμη: «Δεν δύναται, εν προκειμένω, να τεθεί νομίμως ζήτημα, μη υποβολής εκ μέρους του προσφεύγοντος, αυτοτελούς ΕΕΕΣ για την εταιρεία «.....», καθόσον βάσει της γραμματικής ερμηνείας των όρων της διακήρυξης, δεν προβλεπόταν η στήριξη στην ικανότητα τρίτων ως προς το κριτήριο ποιοτικής επίλογής περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, συγκεκριμένα δεν περιλαμβάνόταν καν τέτοιο κριτήριο, παρά μόνο τέθηκε στις τεχνικές προδιαγραφές δημιουργώντας τουλάχιστον αμφισημία στους όρους της διακήρυξης που δεν δύναται να ερμηνευθεί κατά πάγια νομολογία εις βάρος προσφέροντος. Περαιτέρω, ούτε και το ποσοστό του σκοπούμενου προς

υπεργολαβική ανάθεση στην «.....» μέρους της σύμβασης, υπερβαίνει το 30%, όπου πλέον υποχρεούται ο προσφέρων, να συμπεριλάβει στην προσφορά του, το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου. Επομένως, βάσει των ανωτέρω, η μη υποβολή του ΕΕΕΣ υπεργολάβου ή τρίτου δεν δύναται νομίμως να αποτελέσει αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος». Πολλώ δε μάλλον, εφόσον κάτι τέτοιο ούτε δηλώθηκε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της προσφεύγουσας, κατά το άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ούτε προσκομίστηκε εγκαίρως σχετική δέσμευση του τρίτου φορέα προς απόδειξη του ότι η προσφεύγουσα θα έχει στη διάθεσή της τους αναγκαίους προς τούτο πόρους, η εκ των υστέρων (όπως πχ. προέκυψε από τον έλεγχο του φακέλου της υπόθεσης, η από 30.07.2018 επιστολή της εταιρείας «.....»), αλλά και η παραπομπή στα επίσημα στοιχεία της Ε.Ε., προκειμένου να τεκμηριωθεί η καταλληλότητα της δανείζουσας εμπειρία τρίτης εταιρείας, αναφορικά με τον όγκο ταξιδιωτικής κίνησης, προσκομίστηκε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, το πρώτον στις 05.08.2018, με το έγγραφο διευκρινίσεων, που υπέβαλε η προσφεύγουσα, σε απάντηση της με αριθμό πρωτοκόλλου 4000/1/1-να΄/25.07.2018 επιστολής της αναθέτουσας αρχής, η οποία της κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 26.07.2018 και με την οποία αιτήθηκε την παροχή διευκρινίσεων) προσκόμιση αποδεικτικών στοιχείων που τεκμηριώνουν την καταλληλότητα του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα να μετάσχει στον διαγωνισμό, ισοδυναμεί με ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς του, η οποία οδηγεί σε απόρριψη αυτής, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα στη σκέψη 22 της παρούσας.

28. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω παραδοχών, όπως ορθά έκρινε η Επιτροπή Αξιολόγησης στο από 23.08.2018 Πρακτικό της και η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση και από ουσιαστική άποψη, η υποβληθείσα προσφορά της προσφεύγουσας, δεν πληρούσε τα οριζόμενα στην παρ. 8 «Ειδικές Απαιτήσεις» των Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης, καθώς από τα αποδεικτικά στοιχεία που υπέβαλε απουσίαζε πλήρως η αναφορά στη χρονική διάρκεια παροχής των υπηρεσιών τύπου Advanced

Passenger Information (API), ενώ ο όγκος ταξιδιωτικής κίνησης που διαχειρίστηκε η εταιρεία «.....», προέκυπτε αποκλειστικά και μόνο από την από 30.07.2018 επιστολή της ίδιας της εταιρείας, η οποία εκτός του ότι προσκομίστηκε πλημμελώς, σε χρόνο μεταγενέστερο από τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, το περιεχόμενό της δεν αποδείχθηκε με ανάλογο πιστοποιητικό που να έχει εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια προς τούτο αρχή. Το γεγονός άλλωστε αυτό, ούτε η ίδια η προσφεύγουσα αντικρούει, όπως ορθά επισημαίνει η παρεμβαίνουσα, αλλά επικαλείται προς υποστήριξη του πρώτου λόγου προσφυγής της, παραβίαση της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης. Ωστόσο και αυτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι απορριπτέος, καθώς, όπως αποδείχθηκε η περιλαμβανόμενη στο Παράρτημα 2 της υποβληθείσας προσφοράς της παρεμβαίνουσας, από 18.04.2018 επιστολή (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «UK Home Office_reference.pdf») συμμορφωνόταν με τα οριζόμενα στην παρ. 8 «Ειδικές Απαιτήσεις» των Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης. Επομένως, σε καμία περίπτωση δεν διαπιστώθηκε ταυτόσημη πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας με τις πολλαπλές πλημμέλειες και ελλείψεις που παρουσίαζε η προσφορά της προσφεύγουσας, όπως όλως αβάσιμα ισχυρίζεται η τελευταία. Άλλωστε, όπως παγίως δέχεται η νομολογία (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 411/2013, 379-380/2012, 671/2011, 1156/2010, 329/2010, 311/2009 κ.α., ΣΤΕ 1265/2011, 278/2011), η επίκληση του ενιαίου ή ίσου μέτρου κρίσης, μπορεί να γίνει μόνο εφόσον πρόκειται για τις αυτές πλημμέλειες, όχι για ανάλογες ή παρεμφερείς που δεν ταυτίζονται απόλυτα. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο λόγος αυτός προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής.

29. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής (υπό «Α. Ως προς την απόρριψη της προσφοράς μας. Ι. Ως προς την τεχνική προσφορά. 2.», σελ. 6 της προσφυγής), η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η απόρριψη της προσφοράς

της δεν ήταν νόμιμη. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι: «Με το ίδιο από 23-08-2018 πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών η τεχνική μας προσφορά κρίθηκε απορριπτή, διότι σε αυτή δεν περιλαμβανόταν δέσμευση της, ότι θα παράσχει στην εταιρία μας πόρους για την εκτέλεση της συμβάσεως, πράγμα που η Επιτροπή εκτίμησε ως παραβίαση του άρθρου 78 παρ. 1 εδ. γ' του ν. 4412/2016, που ορίζει ότι «Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό».

Η αιτίαση αυτή δεν ευσταθεί. Διότι σύμφωνα με τη διακήρυξη, τα μόνα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που τέθηκαν ήταν η «Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας» (άρθρο 2.2.4) και η «Οικονομική και Χρηματοοικονομική επάρκεια» (άρθρο 2.2.5) και μόνο για το δεύτερο από αυτά προβλέφθηκε δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων (άρθρο 2.2.6).

Συνεπώς η εκ των υστέρων αντίθετη προς τη διακήρυξη ερμηνεία, ότι η ως άνω ειδική εμπειρία αποτελεί πρόσθετο (πέραν των προβλεπόμενων στα άρθρα 2.2.4 και 2.2.5 της διακήρυξης) κριτήριο ποιοτικής επιλογής, το οποίο μπορεί (πέραν των αναφερομένων στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης) να καλυφθεί με εφαρμογή του άρθρου 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016, με αποτέλεσμα, ο διαγωνιζόμενος να έχει το βάρος να υποβάλλει, πέραν των ρητώς προβλεπόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών και στοιχείων, επιπλέον και όσα αναφέρονται στο άρθρο αυτό (78 παρ. 1 ν. 4412/2016), αντιβαίνει στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και της διαφάνειας, διότι οδηγεί σε απόρριψη προσφοράς λόγω μη υποβολής δικαιολογητικού που δεν ανήκει σε όσα ρητώς αξιώνονται από τη διακήρυξη, αλλά επινοείται από την αναθέτουσα αρχή εκ των υστέρων μέσω ερμηνειών της διακήρυξης που βρίσκονται σε αντίφαση προς το γράμμα της.». Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει τους ισχυρισμούς που αναφέρονται ανωτέρω στη σκέψη 26 της παρούσας και στους οποίους παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων. Αντίστοιχα, αναφορικά με τον εξεταζόμενο

λόγο προσφυγής, η παρεμβαίνουσα, στην ασκηθείσα παρέμβασή της, υποστηρίζει ότι αυτός πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος για τους λόγους που εκτενώς αναλύει στις σελ. 10-13 της παρέμβασής της (υπό «III. Λόγοι απόρριψης της με ημερομηνία 04.06.2019 Προσφυγής της εταιρείας Α. Επί των λόγων προσφυγής που αφορούν την προσφορά της προσφεύγουσας, 1. Επί του δεύτερου λόγου Προσφυγής (Α.Ι.2)»).

30. Επειδή, σε πλήρη αντίθεση με τα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα, η τελευταία με τον υπό κρίση λόγο προσφυγής, επιχειρεί μία εντελώς αυθαίρετη ερμηνεία του κανονιστικού πλαισίου που διέπει τον επίμαχο διαγωνισμό, προκειμένου να διασώσει τη νομιμότητα της προσφοράς της. Ωστόσο, είναι σαφές, όπως ήδη εκτέθηκε και ανωτέρω, ότι κατά τη ρητή διατύπωση της παρ. 2.2.6 της διακήρυξης, προσφυγή στις ικανότητες τρίτων φορέων, είναι επιτρεπτή μόνο, προκειμένου να αποδείξει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας ότι πληροί το κριτήριο καταλληλότητας που σχετίζεται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της παρ. 2.2.5 και ερμηνευτικά συνάγεται η δυνατότητα στήριξης σε τρίτους φορείς για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων, κατά την παρ. 2.2.4 της διακήρυξης. Η προσφεύγουσα, καίτοι αναγνωρίζει αυτή τη δυνατότητα που παρέχει η διακήρυξη, εντούτοις, επιχειρεί όλως αβάσιμα, επικαλούμενη τη διάταξη του άρθρου 78 παρ. 1 του Ν. 441/2016 και την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και την αρχή της διαφάνειας, να υποστηρίξει ότι παρά που κατά ρητή πρόβλεψη της διακήρυξης, δεν προβλέπεται η δυνατότητα οικονομικού φορέα να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου φορέα για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής του ικανότητας, η ίδια δηλώνει ότι υποβάλλει την προσφορά της, στηριζόμενη στη «δάνεια εμπειρία» της εταιρείας «.....», βάσει του άρθρου 78 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, αλλά, λόγω του ότι δεν προβλέπεται η δυνατότητα αυτή από τη διακήρυξη, εκλείπει και η αντίστοιχη υποχρέωση της προσφεύγουσας να προσκομίσει σχετική δέσμευση του τρίτου φορέα προς αυτό, προκειμένου να αποδείξει ότι έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της

σύμβασης. Είναι παραπάνω από προφανώς όμως, ότι η εν λόγω ερμηνεία αποτελεί παντελώς αυθαίρετη συρραφή διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης, χωρίς καμία λογική και νομική συνοχή, με μοναδικό σκοπό τη διάσωση της νομιμότητας της προσφοράς της προσφεύγουσας, η οποία όμως σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Εξάλλου, σχετικά με τη δυνατότητα της προσφεύγουσας να κάνει χρήση της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια που σχετίζονται με την τεχνική και επαγγελματική επάρκειά της, παραπέμπουμε στα όσα αναλύθηκαν εκτενώς ανωτέρω στην παρούσα στις σκέψεις 23-25 και 27 και προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων. Μειοψήφησε το μέλος Χ. Ζαράρη το οποίο παρέμπηψε στην ειδική γνώμη που διατύπωσε στις σκέψεις 25 και 27 της παρούσας και εν προκειμένω διότι δεν δύναται να αποκλεισθεί προσφέρων λόγω μη προσκόμισης εγγράφου που δεν προβλεπόταν από τα έγγραφα της σύμβασης όπως η σχετική δέσμευση του τρίτου φορέα. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος και αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

31. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής (υπό «Α. Ως προς την απόρριψη της προσφοράς μας. ΙΙ. Ως προς τα δικαιολογητικά συμμετοχής. 3.», σελ. 6-7 της προσφυγής), η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η απόρριψη της προσφοράς της δεν ήταν νόμιμη. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι: *«Όπως αναφέρθηκε στο Ιστορικό της παρούσας η Μόνιμη Επιτροπή Προμήθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών του Αρχηγείου Ελληνικής Αστυνομίας με το από 17-05-2018 πρακτικό της είχε κρίνει, ότι εφόσον στο πλαίσιο της τεχνικής αξιολόγησης κριθεί, ότι για τη στοιχειοθέτηση της προαναφερθείσας ειδικής εμπειρίας στηριζόμαστε στις ικανότητες της προτεινόμενης υπεργολάβου μας Arinc Incorporated, τότε και τα δικά μας δικαιολογητικά συμμετοχής μας δεν είναι σύμφωνα με τις απαιτήσεις του διαγωνισμού, διότι: α) Η στήριξη αυτή δεν έχει δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υποβάλαμε στον διαγωνισμό, και β) Δεν υποβάλαμε Ε.Ε.Ε.Σ. της ως άνω υπεργολάβου μας.*

Οι αιτιάσεις αυτές δεν αποτέλεσαν μέρος της αιτιολογίας της απόρριψης της προσφοράς μας, που αποφασίστηκε με την προσβαλλόμενη πράξη. Όπως προκύπτει από την πράξη αυτή, η απόρριψη της προσφοράς μας χώρησε αποκλειστικά και μόνο για λόγους αναγόμενους στο περιεχόμενο της τεχνικής μας προσφοράς (δείτε διατακτικό της προσβαλλόμενης πράξης: «ΑΠΟΦΑΣΙΖΟΥΜΕ: ... 2. Απορρίπτουμε ως μη κανονική την προσφορά του οικονομικού φορέα» και διακριτικό τίτλο «.....» (Αρ. συστ. 93290) επειδή αυτή δεν πληροί τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος ΣΤ' της υπ' αριθ. 5/2018 Διακήρυξης του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας, για τους αναλυτικώς αναφερόμενους, στο σκεπτικό της παρούσης λόγους»).

Για την περίπτωση, όμως, που παρά τα ανωτέρω θα θεωρηθεί, ότι και οι ως άνω αιτιάσεις της Μόνιμης Επιτροπής Προμήθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών του Αρχηγείου Ελληνικής Αστυνομίας, που αναφέρονται στα δικαιολογητικά συμμετοχής μας, αποτελούν και αυτές αιτιολογικό έρεισμα της απόρριψης της προσφοράς μας, αναφέρουμε και τα εξής:

Όπως αναφέρθηκε ήδη, σύμφωνα με τη διακήρυξη τα μόνα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που τέθηκαν ήταν η «Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας» (άρθρο 2.2.4) και η «Οικονομική και Χρηματοοικονομική επάρκεια» (άρθρο 2.2.5), ενώ μόνο για το δεύτερο από αυτά προβλέφθηκε στη διακήρυξη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων (άρθρο 2.2.6). Συνεπώς για το παραδεκτό της συμμετοχής μας και επειδή στην προσφορά μας δεν δηλώσαμε, ότι στηριζόμαστε στις ικανότητες της ως άνω υπερβολάβου μας για την εκπλήρωση οποιουδήποτε από τα προβλεπόμενα στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής («Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας» [άρθρο 2.2.4] ή «Οικονομική και Χρηματοοικονομική επάρκεια» [άρθρο 2.2.5]), για το παραδεκτό της προσφοράς μας δεν ήταν αναγκαίο ούτε να δηλώσουμε στο Ε.Ε.Ε.Σ. της εταιρίας μας, ότι στηριζόμαστε στις ικανότητες του υπερβολάβου, ούτε να υποβάλουμε Ε.Ε.Ε.Σ. του τελευταίου.

Η εκ των υστέρων αντίθετη προς τη διακήρυξη ερμηνεία, ότι η ως άνω ειδική εμπειρία αποτελεί πρόσθετο (πέραν των προβλεπόμενων στα άρθρα 2.2.4 και 2.2.5 της διακήρυξης) κριτήριο ποιοτικής επιλογής, το οποίο μπορεί (πέραν των αναφερομένων στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης) να καλυφθεί με εφαρμογή του άρθρου 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016 με αποτέλεσμα, ο διαγωνιζόμενος να έχει το βάρος να υποβάλλει, πέραν των ρητώς προβλεπόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών και στοιχείων, επιπλέον και όσα αναφέρονται στο άρθρο αυτό (78 παρ. 1 ν. 4412/2016), αντιβαίνει στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και της διαφάνειας, διότι οδηγεί σε απόρριψη προσφοράς λόγω μη υποβολής δικαιολογητικού που δεν ανήκει σε όσα αξιώνονται από τη διακήρυξη, αλλά επινοείται από την αναθέτουσα αρχή εκ των υστέρων μέσω ερμηνειών της διακήρυξης που βρίσκονται σε αντίφαση προς το γράμμα της.». Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι: «II. Η προσφεύγουσα αναληθώς υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση απέρριψε την προσφορά της ως μη κανονική χωρίς να περιλάβει στην αιτιολογία της τις αιτιάσεις της Μόνιμης Επιτροπής Προμηθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών του Αρχηγείου Ελληνικής Αστυνομίας (Μ.Ε.Π.Σ.Δ.Σ.Υ./Α.Ε.Α.), αφού γίνεται ρητή αναγραφή στην παρ. 7 του αιτιολογικού αυτής, του υπ' αριθ. 8028/1/332/49-α' από 17-5-2018 πρακτικού συνεδριάσεως της Μ.Ε.Π.Σ.Δ.Σ.Υ./Α.Ε.Α., σύμφωνα με το οποίο γνωμοδότησε ομόφωνα ότι εφόσον κριθεί στο πλαίσιο της τεχνικής αξιολόγησης ότι για τη στοιχειοθέτηση της ειδικής εμπειρίας στηρίζονται στις δυνατότητες του οικονομικού φορέα «.....», τότε το υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. δεν έχει συμπληρωθεί ορθά και έχει παραληφθεί η υποβολή ξεχωριστού Ε.Ε.Ε.Σ. για τον δανείζοντα εμπειρία οικονομικό φορέα «.....».

Κατόπιν, στην παρ. 22 γίνεται ρητή μνεία του από 23-8-2018 πρακτικού συνεδριάσεως της Επιτροπής Αξιολόγησης των Τεχνικών Προσφορών, σύμφωνα με το οποίο: «...Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω (I) και (II), η τεχνική προσφορά της εταιρείας «.....» με δ.τ. «.....», προτείνεται όπως κριθεί μη αποδεκτή...». Επομένως περιγράφονται αναλυτικώς οι λόγοι για τους οποίους κρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση ότι η

προσφορά της προσφεύγουσας δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος V (και όχι ΣΤ όπως εκ προφανούς τυπογραφικού σφάλματος αναγράφεται) της διακήρυξης.

Περαιτέρω, όπως έκρινε η Επιτροπή Αξιολόγησης των Τεχνικών Προσφορών στο από 07-8-2018 πρακτικό της:

«Στο Κεφ. 8. «Ειδικές απαιτήσεις» των τεχνικών προδιαγραφών της οικείας διακήρυξης, αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι «Απαραίτητη προϋπόθεση για την κατάθεση προσφοράς από τον Ανάδοχο, είναι η πρότερη εμπειρία, του τελευταίου ή της/των εταιρείας/ειών που συμμετέχουν στο σχήμα του υποψηφίου Αναδόχου, στην επιτυχή υλοποίηση και απρόσκοπτη λειτουργία για τουλάχιστον 3 (τρία) έτη, παρεμφερών έργων για Αρχές επιβολής του Νόμου, στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό, στο πλαίσιο των οποίων προσφέρθηκαν υπηρεσίες API...

Τα δικαιολογητικά που προσκομίζει η υποψήφια εταιρία, στην τεχνική της προσφορά, για την πλήρωση της ανωτέρω Ειδικής Απαίτησης, είναι τα κάτωθι:

- Το υπ' αριθ. 17-0578666 από 18/01/2018 έγγραφο της Υπηρεσίας Τελωνείων Δανίας/ Κεντρική Υπηρεσία Επιβολής Νόμου & Επικοινωνίας των Δανικών Τελωνείων SKAT,
- Η από 18/04/2018 Συστατική Επιστολή του Υπουργείου Άμυνας/ Υπηρεσία Κέντρου Στόχευσης Συνόρων/ Τακτική Διοίκηση/ Βασιλικές Ένοπλες Δυνάμεις της Ολλανδίας/ Υπουργείο Άμυνας.
- Συνεπώς, ο υποψήφιος Προμηθευτής, στηρίζεται και στην εμπειρία της εταιρείας «.....» για την υλοποίηση του έργου και ως εκ τούτου, θα έπρεπε να προσκομίσει σχετική δέσμευση της εταιρείας «.....» για την παροχή των αναγκαίων, για την υλοποίηση του υπόψη έργου, πόρων».

Επομένως προκύπτει ευχερώς η υποχρέωση της προσφεύγουσας αφενός να δηλώσει στο Ε.Ε.Ε.Σ. ότι στηρίζεται στις ικανότητες της υπεργολάβου, αφετέρου να υποβάλλει ξεχωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. Τα περί του αντιθέτου τυγχάνουν αβάσιμα καθότι προσκρούουν τόσο στο άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, όσο και στη Διακήρυξη του διαγωνισμού, η οποία ως κανονιστική πράξη διέπει το Δημόσιο διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια

αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους». Ομοίως, σχετικά με τον τρίτο λόγο προσφυγής, η παρεμβαίνουσα, στην ασκηθείσα παρέμβασή της, προβάλλει ότι αυτός πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει στις σελ. 13-16 της παρέμβασής της (υπό «III. Λόγοι απόρριψης της με ημερομηνία 04.06.2019 Προσφυγής της εταιρείας Α. Επί των λόγων προσφυγής που αφορούν την προσφορά της προσφεύγουσας, 3. Επί του τρίτου λόγου Προσφυγής (Α.ΙΙ)»).

32. Επειδή, όπως και η ίδια η προσφεύγουσα ομολογεί, ο λόγος αυτός δεν αποτέλεσε αιτία του αποκλεισμού της, βάσει της αιτιολογίας που περιελάμβανε η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, ο λόγος αυτός προσφυγής προβάλλεται αλυσιτελώς. Ωστόσο, στον βαθμό που ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής συνδέεται με την τεκμηρίωση εκ μέρους της προσφεύγουσας, της στήριξής της στις ικανότητες τρίτου φορέα για την πλήρωση των κριτηρίων καταλληλότητας αναφορικά με τις τεχνικές και επαγγελματικές της ικανότητες, βάσει του άρθρου 78 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ισχύουν *mutatis mutandis* τα όσα αναπτύσσονται ανωτέρω στις σκέψεις 23-25 και 27 της παρούσας. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο τρίτος λόγος προσφυγής προβάλλεται αλυσιτελώς και δεν κρίνεται περαιτέρω.

33. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο προσφυγής (υπό «Β. Ως προς την αποδοχή της προσφοράς της ανταγωνίστριας εταιρείας. I. Πρώτος λόγος», σελ. 7-8 της προσφυγής), η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι παράνομη, δεδομένου ότι στηρίζεται στη δυνατότητα που δόθηκε στην παρεμβαίνουσα, σύμφωνα με το με αριθμό πρωτοκόλλου 4000/1/1-ργ/19.02.2019 έγγραφο του Διευθυντή Προμηθειών του Κλάδου Οικονομοτεχνικής Υποστήριξης και Πληροφορικής του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας, το οποίο κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού σε όλους τους συμμετέχοντες, στις 20.02.2019, να αντικαταστήσει την αρχικά

δηλωθείσα δανειοπάροχό της (εταιρία «.....»), η οποία κρίθηκε ακατάλληλη, δυνάμει του από 05.02.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών, με άλλη («.....»), όπως αυτή με την προσβαλλόμενη πράξη κρίθηκε κατάλληλη, ενώ κατά την προσφεύγουσα, κατ' ορθή ερμηνεία και εφαρμογή του νομοθετικού πλαισίου του διαγωνισμού η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε να έχει απορριφθεί, όπως άλλωστε γνωμοδότησε και η Επιτροπή Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών με το από 05.02.2019 πρακτικό της. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι: *«Θεμελιώδης κανόνας της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων είναι η απαγόρευση τροποποίησης των προσφορών μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής τους. Η απαγόρευση αυτή καταλαμβάνει τόσο τροποποιήσεις με πρωτοβουλία του προσφέροντος όσο και τροποποιήσεις με πρωτοβουλία της αναθέτουσας αρχής. Ιδίως μετά το άνοιγμα των προσφορών που υποβλήθηκαν στον διαγωνισμό η τυχόν παροχή σε ένα προσφέροντα της ευκαιρίας να τροποποιήσει την προσφορά του θα του προσέδιδε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων.*

Υπό το πρίσμα αυτό η διάταξη του άρθρου 78 παρ. 1 εδ. δ' του ν. 4412/2016, η οποία, επαναλαμβάνοντας όμοια διάταξη του άρθρου 63 παρ. 1 της οδηγίας 2014/24, προβλέπει, ότι *«Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74»* (και για την οποία, όπως και για την αντίστοιχη της οδηγίας - δείτε C. Risvig Hamer in: Steinicke/Vesterdorf, EU Public Procurement Law, Brussels Commentary, C.H.Beck/Hart/Nomos, υπό το άρθρο 63, αριθ. περιθ. 21 – δεν προκύπτει ευθέως, σε ποιο στάδιο της διαδικασίας εφαρμόζεται), πρέπει να ερμηνευθεί, ότι έχει εφαρμογή μόνο μετά τη σύναψη της σύμβασης και εφόσον στο στάδιο εκείνο ανακύψει ή αναφανεί έλλειψη συνδρομής κριτηρίου επιλογής ή λόγος αποκλεισμού και όχι και πριν την επιλογή του αναδόχου.

Η αντίθετη ερμηνεία, κατά την οποία, όταν ένας προσφέρων, που δεν πληροί ο ίδιος τα κριτήρια επιλογής της διακήρυξης, υποδεικνύει στην

προσφορά του δανειοπάροχο που αποδεικνύεται ακατάλληλος, δεν θα αποκλείεται από τον διαγωνισμό, αλλά θα του δίδεται δεύτερη ευκαιρία να τον αντικαταστήσει με άλλο, ο οποίος θα κριθεί εκ νέου, θα επέφερε σοβαρότατο ρήγμα στον κανόνα της μη τροποποίησης των υποβληθεισών προσφορών και θα παρείχε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα.

Η ίδια ερμηνευτική εκδοχή θα οδηγούσε επίσης σε ερμηνευτικά αδιέξοδα, αφού η νομοθεσία ούτε προβλέπει προθεσμία αντικατάστασης του ακατάλληλου «δανειοπάροχου» (άρα ανακύπτει δυνατότητα παρέλκυσης της διαδικασίας, με διαδοχικές αιτήσεις παρατάσεις της προθεσμίας αντικατάστασης) ούτε περιέχει ρύθμιση του πόσες φορές τελικά δικαιούται ένας οικονομικός φορέας να επιχειρεί αντικατάσταση δανειοπάροχων, που αποδεικνύονται ακατάλληλοι (άρα ανακύπτει κίνδυνο αέναης επανάληψης της πρότασης ακατάλληλων δανειοπάροχων και της αντικατάστασής τους).». Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι: «Ι. Η Διεύθυνση Προμηθειών/Α.Ε.Α., σε στοίχιση με την από 05-02-2019 γνωμοδότηση της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών, ήτοι αποδεχόμενη το σκεπτικό της επιτροπής περί του ότι οι εταιρείες «.....» και «.....» αποτελούν ξεχωριστές νομικές οντότητες, προέβη κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 78, § 1, εδ. 4 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, σε αίτημα αντικατάστασης του οικονομικού φορέα που δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής.

Όπως επισημάνθηκε και ανωτέρω, η Διεύθυνση Προμηθειών / Α.Ε.Α., ως Αναθέτουσα Αρχή είχε δέσμια αρμοδιότητα να απαιτήσει την αντικατάσταση δανείζοντα εμπειρία, οικονομικού φορέα και όχι την διακριτική ευχέρεια, το οποίο συνάγεται ευθέως από τη γραμματική ερμηνεία του νόμου, ήτοι στο άρθρο 78, § 1, εδ. 4 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει αναφέρονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα:

«(...) Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή

για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. (...)

Τούτο δε, καθίσταται εναργέστερο αν αντιπαρατεθεί με τη διατύπωση που επέλεξε ο νομοθέτης στο αμέσως επόμενο εδάφιο:

«(...) Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.β(...)

Επισημαίνεται δε ότι, δεν συνιστά τροποποίηση της προσφοράς, αλλά συμμόρφωση με το γράμμα και το πνεύμα τόσο του ενωσιακού όσο και του εθνικού νομοθέτη.

Επιπρόσθετα, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι:

«(...) πρέπει να ερμηνευθεί, ότι έχει εφαρμογή μόνο μετά τη σύναψη της συμβάσεως και εφόσον στο στάδιο εκείνο ανακύψει ή αναφανεί έλλειψη συνδρομής κριτηρίου επιλογής ή λόγος αποκλεισμού και όχι και πριν την επιλογή του αναδόχου (...)

τυγχάνει νόμου ανεπείριστος, καθώς είναι σαφές ότι αφορά το στάδιο της Ανάθεσης της Σύμβασης και όχι το στάδιο μετά την συμβασιοποίηση του διαγωνισμού, καθόσον ο έλεγχος των προϋποθέσεων πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής από τους συμμετέχοντες, ή/και τους δανείζοντες εμπειρία πραγματοποιείται πριν τη σύναψη της Σύμβασης. Από τις ενέργειες της Υπηρεσίας μας ως Αναθέτουσα Αρχή προκύπτει ότι, τηρήθηκαν οι αρχές της χρηστής διοίκησης, της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και προστασίας του ανταγωνισμού.». Συναφώς, σχετικά με τον τέταρτο λόγο προσφυγής, η παρεμβαίνουσα, στην ασκηθείσα παρέμβασή της, προβάλλει ότι αυτός πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος για τους λόγους που αναπτύσσει στις σελ. 17-20 της παρέμβασής της (υπό «Β. Επί των λόγων προσφυγής που αφορούν την προσφορά της εταιρείας μας, 2. Επί του πρώτου λόγου της Προσφυγής που αφορά την εταιρεία μας (B.I)-Τέταρτος λόγος της Προσφυγής εν γένει»).

34. Επειδή, σε πλήρη αντίθεση με τους ως άνω προβαλλόμενους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η τελευταία με τον υπό κρίση λόγο

προσφυγής, επιχειρεί και σε αυτή την περίπτωση, μία εντελώς αυθαίρετη ερμηνεία του άρθρου 78 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, με σκοπό να αποδείξει την παρανομία της αποδοχής της υποβληθείσας προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Ωστόσο, όπως προκύπτει από την αδιάστικτη διατύπωση της παρ. 1, εδάφια 4-6, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα, να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής, όπως εν προκειμένω η δανείζουσα εμπειρία στην παρεμβαίνουσα εταιρεία με την επωνυμία «IBM Ελλάς Α.Ε.», χωρίς όμως να προσδιορίζεται από το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, αλλά ούτε και από το κείμενο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ή της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, το χρονικό σημείο μέχρι το οποίο είναι επιτρεπτή αυτή η αντικατάσταση. Ωστόσο, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η συγκεκριμένη διάταξη έχει εφαρμογή μόνο μετά την τη σύναψη της σύμβασης με τον τελικό ανάδοχο και όχι πριν την τελική επιλογή αυτού, εκτός από λογικά έωλη, παραμένει και νομικά ατεκμηρίωτη και έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τη *ratio* της θέσπισης της εν λόγω διάταξης. Είναι δεδομένο, ότι μία αλλαγή στο πρόσωπο του τρίτου φορέα, στις ικανότητες του οποίου πρόκειται να στηριχθεί ο συμμετέχων οικονομικός φορέας για να αποδείξει την επαγγελματική και τεχνική του επάρκεια, σύμφωνα με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής της διακήρυξης, όπως εν προκειμένω, δεν συνιστά αθέμιτη τροποποίηση της προσφοράς του, καθώς η ευχέρεια μεταβολής του τρίτου φορέα, παρέχεται κατά ρητή νομοθετική επιταγή. Εξάλλου, ο υποψήφιος δεν μεταβάλλει ουσιωδώς στοιχείο της προσφοράς του, το οποίο δεν συνέτρεχε κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής αυτής και συμμετοχής του στον διαγωνισμό, αφού σε κάθε περίπτωση, η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής σε ό,τι αφορά την τεχνική και επαγγελματική του καταλληλότητα, θα εξακολουθήσει να στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου φορέα. Συναφώς, δεν βρίσκει έρεισμα ούτε στη γραμματική ούτε στην τελολογική ερμηνεία της διάταξης, ο όλως αβάσιμος ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι η αντικατάσταση θα πρέπει να λαμβάνει χώρα μετά την ανάδειξη του τελικού αναδόχου και αυτό για δύο λόγους. Κατ' αρχήν, η τεχνική και επαγγελματική επάρκεια του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, ως στοιχείο για την αξιολόγηση της συμμετοχής του στον διαγωνισμό, από την άποψη της

πλήρωσης του κριτηρίου καταλληλότητας, υπόκειται σε προαπόδειξη μέσω του υποβαλλόμενου Ε.Ε.Ε.Σ. και εν τέλει αξιολογείται από την αναθέτουσα αρχή, κατά την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. Ως εκ τούτου, κατ' αρχήν θα ήταν εννοιολογικά αδύνατο να υπερβεί τον σκόπελο της αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης η προσφορά ενός οικονομικού φορέα, που δεν πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας, λόγω του ότι ο τρίτος φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο υποψήφιος δεν θέτει στη διάθεση του τελευταίου, τους πόρους που αποδεικνύουν τη συμμόρφωσή του με τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που θέτει η διακήρυξη. Και δεύτερον, η αναθέτουσα αρχή και η ίδια η διαγωνιστική διαδικασία, θα ήταν εκτεθειμένη σε έτι μεγαλύτερο κίνδυνο, εάν η συγκεκριμένη πλημμέλεια ακολουθούσε μία υποβληθείσα προσφορά υποψηφίου, σε τόσο προχωρημένο στάδιο αξιολόγησης και δεν υπήρχε η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής, να κρίνει και να αξιολογήσει τις πραγματικές τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες του τρίτου φορέα, σε πρώιμο στάδιο της διαδικασίας αξιολόγησης των προσφορών, όπως εν προκειμένω. Θα αναγκαζόταν δηλαδή η αναθέτουσα αρχή, να φτάσει στο οριακό σημείο να αναμένει την αντικατάσταση του τρίτου δανείζοντος εμπειρία, λίγο προ της υπογραφής της σύμβασης (ή ακόμα χειρότερα, κατά την προσφεύγουσα, μετά την υπογραφή της) εκ μέρους του υποψηφίου, χωρίς να έχει την ευελιξία που του παρέχει η απαίτηση αντικατάστασης του τρίτου νωρίτερα, με την ταυτόχρονη δυνατότητα αποκλεισμού του και την επιλογή άλλου υποψηφίου, η οποία θα εξυπηρετούσε και την ομαλότερη διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ως εκ περισσού, επισημαίνεται ότι και οι συνέπειες για τον ίδιο τον προσωρινό (η οριστικό) ανάδοχο, σε περίπτωση που αποτύγχανε να αντικαταστήσει επιτυχώς τον τρίτο φορέα, στις ικανότητες του οποίου θα στηριζόταν, θα ήταν δυσανάλογα μεγαλύτερες, αφού στη μία περίπτωση, θα κηρυσσόταν έκπτωτος και θα κατέπιπτε η εγγυητική συμμετοχής του, ενώ στην άλλη, απλά και μόνο θα απορριπτόταν εγκαίρως η προσφορά του, με τους λιγότερους δυνατούς «κραδασμούς» για τον ίδιο, την αναθέτουσα αρχή και τη συνολική έκβαση του διαγωνισμού.

35. Επειδή, περαιτέρω, όπως προέκυψε από την έρευνα του φακέλου της υπόθεσης, πράγματι, δυνάμει του από 05.02.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών και σύμφωνα με την με αριθμό πρωτοκόλλου 1766/19/130741/18.01.2019 γνωμοδότηση του Τμήματος Νομικής Συνδρομής της Διεύθυνσης Προμηθειών/Α.Ε.Α., ορθά έκρινε η αναθέτουσα αρχή ότι, σύμφωνα με τα εκεί διαλαμβανόμενα, η προσφορά της παρεμβαίνουσας, δεν πληρούσε τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των «Ειδικών απαιτήσεων» των Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης, στον βαθμό που η δανείζουσα εταιρεία με την επωνυμία «.....» δεν διέθετε την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική επάρκεια η ίδια, αλλά στηριζόταν περαιτέρω, στην εμπειρία της εταιρείας «.....», η οποία άνηκε μεν στον ίδιο όμιλο, ωστόσο, ορθά κρίθηκε ότι αποτελούσαν διακριτές νομικές οντότητες και συνεπώς δεν υφίσταται τεκμήριο ότι η δανείζουσα εταιρεία θα διαθέσει τις ικανότητες της στην προσφεύγουσα, εκ μόνου του λόγου ότι ανήκουν στον ίδιο όμιλο ή ότι πρόκειται για συνδεδεμένες επιχειρήσεις (μητρική-θυγατρική). Σε συνέχεια, των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του προαναφερθέντος με αριθμό πρωτοκόλλου 4000/1/1-ργ'/19.02.2019 εγγράφου του, αιτήθηκε από την παρεμβαίνουσα την αντικατάσταση του τρίτου φορέα με την επωνυμία «.....», στις ικανότητες του οποίου θα στηριζόταν για την απόδειξη της παροχής υπηρεσιών API για τουλάχιστον τρία (3) έτη. Η παρεμβαίνουσα, στις 07.03.2019, με τον υποβληθέντα προς την αναθέτουσα αρχή μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού φάκελο, προέβη στην αντικατάσταση του τρίτου φορέα με την επωνυμία «.....» με τον φορέα με την επωνυμία «.....», υποβάλλοντας τα νόμιμα δικαιολογητικά και το σχετικό Ε.Ε.Ε.Σ. του εν λόγω φορέα. Η αντικατάσταση του τρίτου φορέα, έγινε αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 8028/1/332/49-ιη'/19.03.2019 Πρακτικού της Μόνιμης Επιτροπής Προμηθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών του Αρχηγείου Ελληνικής Αστυνομίας (Μ.Ε.Π.Σ.Δ.Σ.Υ./Α.Ε.Α.). Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο τέταρτος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτός ως

νόμω και ουσία αβάσιμος και αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

36. Επειδή, με τον πέμπτο λόγο προσφυγής (υπό «Β. Ως προς την αποδοχή της προσφοράς της ανταγωνίστριας εταιρείας. ΙΙ. Δεύτερος λόγος προσφυγής», σελ. 8-9 της προσφυγής), η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας δεν είναι νόμιμη. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι: *«Το άρθρο 78 παρ. 1 εδ. γ' του ν. 4412/2016, που κατά τα προεκτεθέντα χρησιμοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή προκειμένου να απορρίψει την προσφορά μας, ορίζει ότι «Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό».*

Εν προκειμένω η αποδοχή της προσφοράς της ανταγωνίστριας κατόπιν της αντικατάστασης της αρχικής δανειοπαρόχου (εταιρία «.....»), η οποία κρίθηκε ακατάλληλη (δείτε από 05-02-2019 της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών), με άλλη («.....»), έγινε χωρίς να ελεγχθεί, αν η τελευταία πρόκειται να παράσχει οποιουσδήποτε πόρους για την εκτέλεση της συμβάσεως. Αντίθετα, από την προσφορά της ανταγωνίστριας προκύπτει ρητά, ότι το τμήμα του έργου, το οποίο έχει ως προϋπόθεση την προαναφερθείσα ειδική εμπειρία, πρόκειται να εκτελεσθεί από την προταθείσα υπεργολάβο «.....» (δείτε σελ. 13 παρ. 1.1.2 της τεχνικής προσφοράς της ανταγωνίστριας), η οποία διατήρησε την ιδιότητα της υπεργολάβου με την ίδια, όπως στην αρχή, υπευθυνότητα, και μετά την αντικατάστασή της από τη θέση της δανειοπαρόχου.

Η προσβαλλόμενη πράξη, δηλαδή, κατά παράβαση της ως άνω διάταξης του ν. 4412/2016, έκανε αποδεκτή την προσφορά της ανταγωνίστριας μετά την αντικατάσταση της δανειοπαρόχου επιτρέποντας στην ανταγωνίστρια να εκτελέσει το συγκεκριμένο τμήμα του έργου, που απαιτεί τη δανειοπαροχή, μέσω όχι της δανειοπαρόχου, αλλά της υπεργολάβου που η ίδια η αναθέτουσα αρχή έκρινε ως μη έχουσα την αναγκαία ειδική εμπειρία, χωρίς η δανειοπάροχος να

έχει δεσμευθεί, ότι θα παράσχει σχετικούς πόρους και χωρίς, βεβαίως, μία τέτοια δέσμευση να είναι πειστική, αφού κατά την προσφορά το συγκεκριμένο, χρήζον την ειδική εμπειρία, τμήμα του έργου θα εκτελεσθεί από την (κριθείσα ως ακατάλληλη) υπεργολάβο.». Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι: «II. Από τα ανωτέρω έγγραφα των υπό στοιχείο (37) και (46) παραγράφων, που υποβλήθηκαν, από τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «IKnowHow», κατόπιν διευκρινιστικών ερωτημάτων της Αναθέτουσας Αρχής, προκύπτει ότι, η «.....», ορίζεται αποκλειστικά ως δανείζων εμπειρία, του ως άνω φορέα, και δεσμεύεται και αναλαμβάνει την υποχρέωση να θέσει στη διάθεσή του, τους αναγκαίους πόρους, τεχνογνωσία και εμπειρία, για την εκτέλεση της σχετικής σύμβασης και ενδεικτικά ανθρώπινους πόρους που θα στελεχώσουν την Ομάδα Έργου για την ικανοποίηση των απαιτήσεων της οικείας διακήρυξης.

Ειδικότερα, η «.....», θα διαθέσει:

- Τον κ. Paul McKeown, ειδικό εμπειρογνώμονα στην υλοποίηση συστημάτων προελέγχου επιβατών πτήσεων (Advanced Passenger Information System - APIS) και

- Την τεχνογνωσία και εμπειρία που η εταιρεία έχει αποκτήσει, από την εκτέλεση συναφών με το αντικείμενο της οικείας διακήρυξης έργων και πιο συγκεκριμένα από την υλοποίηση, υποστήριξη και συντήρηση από τον Νοέμβριο 2004 έργου ICT για την επεξεργασία δεδομένων API για τη Συνοριακή Δύναμη του Ηνωμένου Βασιλείου (UK Border Force). Το εν λόγω σύστημα, κατά το έτος 2017, επεξεργάστηκε 299,69 εκατομμύρια μοναδικές κινήσεις επιβατών.

Κατόπιν των ανωτέρω, ο δανειοπάροχος «.....», του αναφερόμενου οικονομικού φορέα, έχει δεσμευθεί, ότι θα παράσχει τους αναγκαίους πόρους, στο πλαίσιο της οικείας διακήρυξης.». Αντίστοιχα, σχετικά με τον πέμπτο λόγο προσφυγής, η παρεμβαίνουσα, στην ασκηθείσα παρέμβασή της, προβάλλει ότι αυτός πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος για τους λόγους που εκτενώς αναλύει στις σελ. 20-22 της παρέμβασής της (υπό «B. Επί των λόγων προσφυγής που αφορούν την προσφορά της εταιρείας μας,

3. Επί του δεύτερου λόγου της Προσφυγής που αφορά την εταιρεία μας (B.II)- Πέμπτος λόγος της Προσφυγής εν γένει»).

37. Επειδή, ωστόσο, όπως προέκυψε από την ενδελεχή επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης και σε πλήρη αντίθεση με όσα αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα με τον εξεταζόμενο λόγο προσφυγής, η παρεμβαίνουσα, όπως αποδεικνύει τόσο η ίδια στην ασκηθείσα παρέμβαση, όσο και η αναθέτουσα αρχή με τις υποβληθείσες απόψεις της, πράγματι, σε συμμόρφωση με τα οριζόμενα στο άρθρο 78 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, υπέβαλε, όπως ειπώθηκε και ανωτέρω, στις 07.03.2019, προς την αναθέτουσα αρχή μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού τον φάκελο, με τον οποίο προέβη στην αντικατάσταση του τρίτου φορέα με την επωνυμία «.....» με τον φορέα με την επωνυμία «.....», υποβάλλοντας ταυτόχρονα τα νόμιμα δικαιολογητικά και το σχετικό Ε.Ε.Ε.Σ. του εν λόγω φορέα. Συγκεκριμένα, υποβλήθηκαν προς απόδειξη του ότι η παρεμβαίνουσα θα έχει στη διάθεσή της τους αναγκαίους πόρους από τον τρίτο φορέα για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. συνημμένα στην προσφορά της ηλεκτρονικά αρχεία με τίτλο «2. Solemn Declaration_IBM UK_GR_Signed.pdf», «3. Power of Attorney (Signed)_GR_ENG.pdf» και «Letterhead Template»), από τα οποία προκύπτει η δέσμευση της εταιρείας με την επωνυμία «.....» να συνδράμει ως τρίτος φορέας την παρεμβαίνουσα, παρέχοντάς της τους αναγκαίους πόρους και την τεχνογνωσία και εμπειρία της, προκειμένου να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί της διατήρησης της εταιρείας με την επωνυμία «.....» ως υπεργολάβου, μετά την αντικατάστασή της από τη θέση του δανείζοντος εμπειρία κατά τα ανωτέρω στις σκέψεις 33-35 της παρούσας, εκτεθέντα, καταρρίπτεται άνευ άλλου τινός, καθώς η δήλωση στην τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας, όπως περιλαμβάνεται στην παρ. 1.1.2 αυτής (σελ. 13 του συνημμένου προσφορά της ηλεκτρονικού αρχείου με τίτλο «Τεχνική Προσφορά_Signed.pdf»), αφενός προκύπτει ότι συμπεριλήφθηκε σε αυτήν, κατά την αρχική υποβολή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ήτοι στις

23.04.2018, πολύ πριν την αντικατάσταση της εταιρείας «.....» από τη θέση του δανείζοντος εμπειρία και συνεπώς, ουδεμία επιρροή ασκεί στη διαμορφωθείσα κατάσταση, μετά την αντικατάσταση της τελευταίας από την εταιρεία με την επωνυμία «.....», αφετέρου δε, είναι σαφής η διάκριση της ιδιότητας του υπεργολάβου και του τρίτου στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής του ικανότητας, υπό την έννοια, ότι ο δηλωθείς υπεργολάβος, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη του διαγωνισμού, δεν όφειλε να υποβάλλει σχετικό Ε.Ε.Ε.Σ., προκειμένου να επαληθεύσει η αναθέτουσα αρχή τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού που τυχόν συνέτρεχαν στο πρόσωπό του ούτε απαιτείτο η απόδειξη συγκεκριμένης πρότερης εμπειρίας. Προς επίρρωση δε των ανωτέρω ισχυρισμών, η εταιρεία «.....», είχε πράγματι υποβάλλει Ε.Ε.Ε.Σ., όταν κατ' αρχήν δηλώθηκε σαν τρίτος φορέας, στις ικανότητες του οποίου θα στηριζόταν η παρεμβαίνουσα, για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, οπότε σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή είχε την ευκαιρία να ελέγξει τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού που τυχόν συνέτρεχαν στο πρόσωπό της. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πέμπτος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος και αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

38. Επειδή, με τον έκτο λόγο προσφυγής (υπό «Β. Ως προς την αποδοχή της προσφοράς της ανταγωνίστριας εταιρείας. ΙΙΙ. Τρίτος λόγος προσφυγής», σελ. 9 της προσφυγής), η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η γενόμενη αποδεκτή δανειοπάροχος της παρεμβαίνουσας, δεν κατέχει το προσόν της ειδικής εμπειρίας σε εκτέλεση παρεμφερούς έργου τριετούς διάρκειας και άρα η προσβαλλόμενη απόφαση, που έκρινε το αντίθετο, παραβίασε τη διακήρυξη. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι: *«Η προσφορά της ανταγωνίστριας έγινε αποδεκτή, με το σκεπτικό ότι η τελικώς προταθείσα δανειοπάροχος «.....» κατέχει την προβλεπόμενη στην παρ. 8 των Τεχνικών Προδιαγραφών ειδική εμπειρία (επιτυχής υλοποίηση και απρόσκοπτη λειτουργία*

επί τρία έτη παρεμφερούς έργου). Ως μόνο αποδεικτικό στοιχείο της φύσης του έργου, που εκτελέστηκε από την εταιρία αυτή και κρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση ως παρεμφερές, είναι η προαναφερθείσα με ημερομηνία 18-04-2018 επιστολή του Υπουργείου Εσωτερικών του Ηνωμένου Βασιλείου.

Η εν λόγω επιστολή αναγράφει ότι η «.....» έχει παραδώσει και συντηρεί γενικά ένα Σύστημα ICT το οποίο διαχειρίζεται κάποια API δεδομένα. Πουθενά δεν αναφέρεται στην επιστολή το όνομα της λύσης της «.....» την οποία έχει εγκαταστήσει. Το εμπορικά διαθέσιμο σύστημα της IBM είναι το Semaphore, το οποίο όμως δεν είναι API Σύστημα, ούτε και Σύστημα παροχής υπηρεσιών API, αλλά μόνο ένας διακομιστής μηνυμάτων (MQ Message Server). Οι MQ Message Servers δε διαχειρίζονται ταξιδιωτική κίνηση, αλλά μόνο δέχονται τα μηνύματα. Δεν προκύπτουν από κάποιο σημείο της ως άνω επιστολής οι προσφερόμενες υπηρεσίες API παρά μόνο γίνεται λόγος για κάποιο γενικό Σύστημα ICT το οποίο μπορεί να είναι ένα οποιοδήποτε σύστημα.

Στην ίδια επιστολή, αναγράφεται ότι η «.....» προσφέρει «μία μορφή» υπηρεσίας, είτε στη Συνοριακή Δύναμη είτε σε Ξους Φορείς προμηθευτές αυτής (της Συνοριακής Δύναμης). Δεν προκύπτει, ποια είναι η προσφερόμενη υπηρεσία, ώστε να κριθεί, αν πρόκειται για υπηρεσίες API, αλλά αντίθετα προκύπτει, ότι αποδέκτες των υπηρεσιών είναι διάφοροι (ιδιώτες) προμηθευτές της Συνοριακής Δύναμης, δηλαδή όχι Αρχές Επιβολής του Νόμου, όπως απαιτείται από τη διακήρυξη.

Κατά την ίδια επιστολή, σύμφωνα με δηλώσεις της «.....», το όλο σύστημα διαχειρίστηκε το έτος 2017 299,69 εκατομμύρια μοναδικούς επιβάτες. Η πληροφορία αυτή είναι ανακριβής. Καταρχάς, με βάση τα επίσημα αρχεία της ΕΕ (https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Overview_of_EU-28_air_passenger_transport_by_Member_States_in_2016_passengers_carried.png) η συνολική επιβατική κίνηση του Ηνωμένου Βασιλείου κατά το έτος 2016 ήταν περί τα 250 εκατομμύρια συνολικούς επιβάτες και όχι μοναδικούς επιβάτες. Πέραν τούτου, δε γίνεται καμία αναφορά για το «ποιο σύστημα» διαχειρίστηκε τους επιβάτες αυτούς. Το Ηνωμένο Βασίλειο κάνει χρήση ενός συνδυασμού

πολλαπλών Συστημάτων και πολλαπλών vendors, χωρίς να εξακριβώνεται η χρήση του κάθε συστήματος και από ποιο σύστημα επακριβώς γίνεται η διαχείριση του όγκου της ταξιδιωτικής κίνησης.

Συνεπώς το έργο αυτό, ακόμα και αν είχε εκτελεσθεί από τη δηλούμενη υπεργολάβο της ανταγωνίστριας, δεν θα μπορούσε να ληφθεί υπόψη ως παρεμφερές με το υπό ανάθεση.». Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι: «III. Στην παρ. 8 «Ειδικές Απαιτήσεις» των τεχνικών προδιαγραφών της εν θέματι διακήρυξης, αναφέρεται ότι:

«Απαραίτητη προϋπόθεση για την κατάθεση προσφοράς από τον Ανάδοχο, είναι η πρότερη εμπειρία, του τελευταίου ή της/των εταιρείας/ειών που συμμετέχουν στο σχήμα του υποψηφίου Αναδόχου, στην επιτυχή υλοποίηση και απρόσκοπτη λειτουργία για τουλάχιστον 3 (τρία) έτη, παρεμφερών έργων για Αρχές επιβολής του Νόμου, στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό, στο πλαίσιο των οποίων προσφέρθηκαν υπηρεσίες API. Ειδικότερα, για τις προσφερόμενες υπηρεσίες API, θα πρέπει ο υποψήφιος Ανάδοχος να αποδείξει ότι, διαχειρίστηκε με επιτυχία, όγκο ταξιδιωτικής κίνησης, ανάλογο με αυτόν, που προβλέπεται για τη Χώρα μας, σύμφωνα με την εκτίμηση του κεφ. «2.3 Περιγραφή Συστήματος API» του παρόντος τεύχους. Θα πρέπει ο υποψήφιος να προσκομίσει προς απόδειξη της ανωτέρω απαίτησης, πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή.».

Ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «IKnowHow», για την κάλυψη των απαιτήσεων της παρ. 8 «Ειδικές Απαιτήσεις» των Τεχνικών Προδιαγραφών της εν λόγω διακήρυξης, προσκόμισε, στην τεχνική του προσφορά, την από 18-4-2018 Συστατική Επιστολή του Υπουργείου Εσωτερικών του Ηνωμένου Βασιλείου, από την οποία προκύπτει ότι:

«Η έχει εκτελέσει και παρέχει υποστήριξη και συντήρηση ενός συστήματος ICT για την επεξεργασία δεδομένων API (Advanced Passenger Information), για την Συνοριακή Δύναμη του Ηνωμένου Βασιλείου (UK Border Force). Η IBM παρέχει μια μορφή της υπηρεσίας προς είτε την Συνοριακή Δύναμη είτε σε τρίτους προμηθευτές της από την

1η Νοεμβρίου 2004. Εντός του 2017, η IBM ανέφερε ότι το σύστημα επεξεργάστηκε 299,69 εκατομμύρια μοναδικές κινήσεις επιβατών».

Η Επιτροπή έκρινε ότι, με τα αναγραφόμενα στην υπόψη Συστατική Επιστολή και λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι η ταξιδιωτική κίνηση των αερολιμένων του Ηνωμένου Βασιλείου είναι υπερπολλαπλάσια των Ελληνικών αερολιμένων, καλύπτονται οι απαιτήσεις της παρ. 8 «Ειδικές Απαιτήσεις» της οικείας διακήρυξης.

Επίσης, από έρευνα στον επίσημο ιστότοπο του ομίλου εταιριών IBM και ειδικότερα στον σύνδεσμο <https://www.ibm.com/industries/government/borders-immigrationcustoms/bordermanagement>, προκύπτει ότι, ο εν λόγω όμιλος, δύναται να παρέχει τεχνολογικές λύσεις, για να συλλέγει και αναλύει πληροφορίες επιβατών, πριν την άφιξη τους στα εθνικά σύνορα». Συναφώς, σχετικά με τον έκτο λόγο προσφυγής, η παρεμβαίνουσα, στην ασκηθείσα παρέμβασή της, προβάλλει ότι αυτός πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος για τους λόγους που εκθέτει διεξοδικά στις σελ. 22-24 της παρέμβασής της (υπό «B. Επί των λόγων προσφυγής που αφορούν την προσφορά της εταιρείας μας, 4. Επί του τρίτου λόγου της Προσφυγής που αφορά την εταιρεία μας (B.III)- Έκτος λόγος της Προσφυγής εν γένει»).

39. Επειδή, όπως προέκυψε από την έρευνα των σχετικών εγγράφων της υπόθεσης, σε αντίθεση με όσα όλως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα, δυνάμει του από 07.03.2019, υποβληθέντος προς την αναθέτουσα αρχή μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού, φακέλου, με σκοπό την αντικατάσταση του τρίτου φορέα με την επωνυμία «.....» με τον φορέα με την επωνυμία «.....», υπέβαλε τα αποδεικτικά έγγραφα (βλ. συνημμένα στην προσφορά της ηλεκτρονικά αρχεία με τίτλο «Tender Template», «6. UK Home Office_reference.pdf», «ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑ I.pdf» και «ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑ II.pdf»), τα οποία περιλαμβάνουν αναλυτική περιγραφή του έργου και των υπηρεσιών που παρείχε η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία «.....» και από τα οποία προκύπτει η πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας του τρίτου φορέα, καθώς

αναλύεται σε αυτά, η αρχιτεκτονική του έργου, τα υποσυστήματά του, οι παρεχόμενες στη Συνοριακή Δύναμη του Ηνωμένου Βασιλείου (UK Border Office) υπηρεσίες και η διασύνδεσή του με εξωτερικές βάσεις ασφαλείας και η επεξεργασία Advanced Passenger Information (API) δεδομένων, καθώς και το κρίσιμο διάστημα που παρασχέσθηκαν οι ανωτέρω υπηρεσίες, ώστε να καλύπτεται η απαιτούμενη τριετής (3 έτη) διάρκεια του άρθρου 8 «Ειδικές απαιτήσεις» των τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο έκτος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος και αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

40. Επειδή, με τον έβδομο και τελευταίο λόγο προσφυγής (υπό «B. Ως προς την αποδοχή της προσφοράς της ανταγωνίστριας εταιρείας. IV. Τέταρτος λόγος προσφυγής», σελ. 10 της προσφυγής), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή παραβίασε την αρχή ότι μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, δεν είναι επιτρεπτή η εκ νέου αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς οικονομικού φορέα. Ειδικότερα, επικαλείται ότι: *«Από το άρθρο 3.1.2 της διακήρυξης προκύπτει, ότι τα στάδια αξιολόγησης των προσφορών είναι τρία, ήτοι το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, το στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών και, τελευταίο, το στάδιο αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, μετά τα οποία εκδίδεται μία και μόνο απόφαση αποδοχής ή/και απόρριψης προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου.*

Από τις διατάξεις αυτές καθώς και εκείνες του άρθρου 100 του ν. 4412/2016 που ρυθμίζουν τη διαδικασία αποσφράγισης και αξιολόγησης προσφορών σε διαγωνισμούς προμηθειών, όπως ο ένδικος, προκύπτει ότι μέχρι την ολοκλήρωση της αξιολόγησης και των τεχνικών προσφορών οι οικονομικές προσφορές παραμένουν σφραγισμένες, προκειμένου να μην επέρχεται, με την πρόωγη αποκάλυψή τους, επηρεασμός του οργάνου που είναι επιφορτισμένο με την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών.

Προκειμένου για διαγωνισμούς, στους οποίους συμμετέχουν περισσότεροι του ενός οικονομικοί φορείς, μετά το άνοιγμα της οικονομικής προσφοράς ενός οικονομικού φορέα δεν είναι επιτρεπτή η επάνοδος της αναθέτουσας αρχής και των οικείων γνωμοδοτικών οργάνων στην αξιολόγηση της τεχνικής του προσφοράς, η οποία, αν γίνει είναι παράνομη (ΣΤΕ 1927/2011, Δ.Ε.Α. 47/2012, ΕΣ VI 2797/2012, Ζ΄ Κλιμάκιο 144/2012 κ.ά.).

Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή ενεργώντας υπό την αντίληψη, ότι η τεχνική προσφορά της ανταγωνίστριας, στην οποία ως δανειοπάροχος προτεινόταν η εταιρία «.....», ήταν παραδεκτή προέβη στις 30-08-2018 στην αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της ανταγωνίστριας. Ακολούθως, όταν αντελήφθη ότι η προσφορά της ανταγωνίστριας, όπως υποβλήθηκε, ήταν απορριπτέα, επέτρεψε σε αυτή την αντικατάσταση της δανειοπαρόχου και, αφού έλεγξε εκ νέου την προσφορά, έκανε αυτή αποδεκτή.». Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι: «IV. Κατ' άρθρο 100 παρ. 4 εδ. γ' Ν. 4412/2016, ως ισχύει όπως τροποποιήθηκε και ισχύει μετά το άρ. 107 παρ. 18 Ν. 4497/2017 και καταλαμβάνει την επίδικη διαδικασία που προκηρύχθηκε μετά την ως άνω τροποποίηση «Για τις συμβάσεις με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής ανεξαρτήτως ποσού και ανεξαρτήτως διαδικασίας, εκδίδεται μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα: α) όλων των σταδίων της παραγράφου 2 στην περίπτωση ανοικτής διαδικασίας...», που εφαρμόζεται βάσει και της αντίστοιχης πρόβλεψης του άρ. 3.1.2 της διακήρυξης («Στη συνέχεια εκδίδεται από την αναθέτουσα αρχή μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα όλων των ανωτέρω σταδίων (“Δικαιολογητικά Συμμετοχής”, “Τεχνική Προσφορά” και “Οικονομική Προσφορά”), η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνία” του συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ») δεδομένου ότι η προκειμένη διαδικασία αφορά προμήθεια «Συστήματος προελέγχου επιβατών (Advanced Passenger Information System - APIS)» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής, το σύνολο των σταδίων δικαιολογητικών

Αριθμός Απόφασης: 827/2019

συμμετοχής, τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών συνεπικυρώνονται και επ' αυτών εκδίδεται μόνο μία και ενιαία εγκριτική πράξη του αποφαινόμενου οργάνου, ήτοι εν προκειμένω η προσβαλλόμενη πράξη. Τα γνωμοδοτικά και μη εκτελεστά Πρακτικά Επιτροπών Διαγωνισμού δεν περατώνουν τα οικεία στάδια επί των οποίων εκδίδονται, καθώς η περάτωσή τους άρα και η εξαγωγή οριστικής κρίσης επ' αυτών επέρχεται μόνο μετά την έγκριση και επικύρωσή τους, ήτοι την έκδοση της μόνης επαγόμενης έννομες συνέπειες και άρα περάτωση των διαγωνιστικών σταδίων, εκτελεστής πράξης του αποφαινομένου οργάνου. Συνεπώς, δεδομένων των ως άνω που απορρέουν ευθέως από το νέο περιεχόμενο του άρ. 100 παρ. 4 Ν. 4412/2016, ως ισχύει και δεδομένου ότι πλέον δεν εκδίδεται σε διαγωνισμούς προμηθειών με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή αυτοτελής επικυρωτική και άρα εκτελεστή πράξη του αποφαινομένου οργάνου για τα στάδια δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών και αυτοτελής για το στάδιο οικονομικών προσφορών, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής αλυσιτελώς προβάλλεται. Και τούτο, διότι αφενός ουδόλως έλαβε χώρα εκ νέου αξιολόγηση τεχνικής προσφοράς, δεδομένου ότι με το από 6-9-2018 υπόμνημα της προσφεύγουσας αναφορικά με την πληρότητα της προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», η αναθέτουσα αρχή εκκίνησε διαδικασία διερεύνησης των προβαλλόμενων ισχυρισμών, ως όφειλε και συνεπώς ουδεμία μετακίνηση της αναθέτουσας σε πρότερα ήδη περατωθέντα στάδια έλαβε χώρα. Αφετέρου, υπό τις νέες ως άνω διατάξεις και δη όσον αφορά διαγωνισμούς προμήθειας αγαθών και γενικών υπηρεσιών με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή, ακριβώς λόγω του σαφούς περιεχομένου του άρ. 100 παρ. 4 Ν. 4412/2016, ως ισχύει, ήρθη εκ του νόμου η αυτοτέλεια των διαγωνιστικών σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών προσφορών, αλλά πλέον και οικονομικών προσφορών, αφού αυτά εγκρίνονται και άρα περατώνονται ομού και συγχρόνως με μία πράξη, με αποτέλεσμα οι οικείες επικλήσεις του προσφεύγοντος να μην ευρίσκουν εφαρμογή πλέον και δη σε διαγωνισμούς όπως ο συγκεκριμένος, με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή και αντικείμενο την προμήθεια αγαθών. Εξάλλου, το αποφαινόμενο όργανο ουδόλως κωλύεται

να μην εγκρίνει ή να εγκρίνει εν μέρει ή να καταλήξει σε άλλη απόφαση από τα εισηγητικού χαρακτήρα Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού. (βλ. συναφώς και υπ' αριθ. 642/2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π.). Επιπρόσθετα, όπως προκύπτει από ιστορικό του εν θέματι διαγωνισμού τηρήθηκαν απαρέγκλιτα τα διακριτά στάδια της ηλεκτρονικής αποσφράγισης των κατατεθειμένων προσφορών και της εν συνεχεία αξιολόγησης αυτών, ήτοι: την 02-5-2018 αποσφραγίσθηκαν τα «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», την 17-5-2018 η Μ.Ε.Π.Σ.Δ.Σ.Υ./Α.Ε.Α. γνωμοδότησε αναφορικά με την πληρότητα των δικαιολογητικών συμμετοχής, την 23-8-2018 η Επιτροπή Αξιολόγησης των Τεχνικών Προσφορών γνωμοδότησε αναφορικά με την πληρότητα των τεχνικών προσφορών, την 30-8-2018 πραγματοποιήθηκε η αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», την 03-9-2018 η Μ.Ε.Π.Σ.Δ.Σ.Υ./Α.Ε.Α. γνωμοδότησε σχετικά». Ομοίως, σχετικά με τον έβδομο και τελευταίο λόγο προσφυγής, η παρεμβαίνουσα, στην ασκηθείσα παρέμβασή της, προβάλλει ότι αυτός πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος για τους λόγους που εκτενώς αναλύει στις σελ. 24-27 της παρέμβασής της (υπό «Β. Επί των λόγων προσφυγής που αφορούν την προσφορά της εταιρείας μας, 5. Επί του τέταρτου λόγου της Προσφυγής που αφορά την εταιρεία μας (B.IV)- Έβδομος λόγος της Προσφυγής εν γένει»).

41. Επειδή, αναφορικά με τον έβδομο και τελευταίο λόγο προσφυγής, που αφορά στην ακυρότητα της διαδικασίας του διαγωνισμού, λόγω της επαναξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, καίτοι είχε κριθεί αρχικά μη αποδεκτή, κατά το εκτεθέν εκτενές ιστορικό που περιλαμβάνεται στις υποβληθείσες απόψεις της αναθέτουσας αρχής και το οποίο επίσης επικαλούνται και δεν αμφισβητούν ούτε η προσφεύγουσα ούτε η παρεμβαίνουσα και εν τέλει οδηγήθηκε η αναθέτουσα αρχή, να κάνει αυτή δεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση, ενόψει της αντικατάστασης του τρίτου δανείζοντα τεχνική και επαγγελματική εμπειρία φορέα, μετά την αποσφράγιση και της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Σύμφωνα με το ιστορικό της φερόμενης προς κρίση υπόθεσης, στις

Αριθμός Απόφασης: 827/2019

30.08.2018 πραγματοποιήθηκε, δυνάμει του από 23.08.2018 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών, η αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, καθότι η τελευταία είχε κριθεί αποδεκτή, μετά τον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής της προσφοράς της και εν συνεχεία, η οικονομική της προσφορά αξιολογήθηκε, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 8028/1/332/49-στ'/03.09.2018 Πρακτικού της Μόνιμης Επιτροπής Προμηθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών του Αρχηγείου Ελληνικής Αστυνομίας (Μ.Ε.Π.Σ.Δ.Υ.Σ.Υ./Α.Ε.Α.), με το οποίο γνωμοδοτήθηκε ομόφωνα να γίνει αποδεκτή, καθώς υποβλήθηκε σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού. Ωστόσο, με το από 06.09.2018 Υπόμνημα της προσφεύγουσας, το οποίο κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού σε όλους τους συμμετέχοντες στις 20.09.2018, η προσφεύγουσα επεσήμανε στην αναθέτουσα αρχή, πλημμέλειες της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, οι οποίες αφορούσαν τη στήριξη της τελευταίας στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της εταιρείας με την επωνυμία «.....». Η αναθέτουσα αρχή, με αφορμή τα διαλαμβανόμενα στο ανωτέρω υπόμνημα, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 8028/1/332/49-θ'/25.09.2018 Πρακτικού της Μόνιμης Επιτροπής Προμηθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών του Αρχηγείου Ελληνικής Αστυνομίας (Μ.Ε.Π.Σ.Δ.Υ.Σ.Υ./Α.Ε.Α.), γνωμοδότησε ομόφωνα τα εξής: *«Εφόσον η αρμόδια για την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών Επιτροπή κάνει δεκτό τον ισχυρισμό του οικονομικού φορέα «.....» κρίνει δηλαδή ότι στην τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» υφίσταται αναντιστοιχία μεταξύ του οικονομικού φορέα που διαθέτει την απαιτούμενη επαγγελματική εμπειρία, σύμφωνα με τη διακήρυξη του διαγωνισμού και αυτού που θα εκτελέσει τις εργασίες για τις οποίες απαιτείται η εν λόγω επαγγελματική εμπειρία και επομένως ο εν λόγω δανειοπάροχος δεν είναι ο οικονομικός φορέας «.....» για τον οποίο συνυποβλήθηκε με την προσφορά ξεχωριστό Ε.Ε.Ε.Σ., συντρέχει και τυπικός λόγος απόρριψής της, εξαιτίας της μη υποβολής ξεχωριστού Ε.Ε.Ε.Σ. για τον συγκεκριμένο δανειοπάροχο, η οποία δεν τυγχάνει θεραπείας, σύμφωνα με τα όσα ορίζονται*

στην παρ. 10 του ανωτέρω σκεπτικού.». Παρά την παραδοχή ότι εφόσον διαπιστωνόταν η συνδρομή της προσαπτόμενης από την προσφεύγουσα στην προσφορά της παρεμβαίνουσας, πλημμέλειας, η τελευταία δεν μπορούσε να τύχει θεραπείας, η Επιτροπή Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών, δυνάμει του από 16.10.2018, έκρινε σκόπιμο να ζητηθούν από την παρεμβαίνουσα διευκρινίσεις σχετικά με το ανωτέρω ζήτημα. Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 20.10.2019 σχετικό αίτημα παροχής διευκρινίσεων στην παρεμβαίνουσα και εκείνη απάντησε στις 29.10.2018, παρέχοντας τις ζητούμενες διευκρινίσεις. Μετά την παροχή των ανωτέρω διευκρινίσεων, η Επιτροπή Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών, δυνάμει του από 19.11.2018 Πρακτικού της κατέληξε ότι: *«...υφίσταται αναντιστοιχία του οικονομικού φορέα που διαθέτει την απαιτούμενη επαγγελματική εμπειρία και αυτού που θα εκτελέσει τις εργασίες, για τις οποίες απαιτείται η εν λόγω εμπειρία. Ειδικότερα στο Ε.Ε.Ε.Σ. που κατέθεσε ο υποψήφιος ανάδοχος με δ.τ. "I Know How", έχει δηλωθεί ως υπεργολάβος η εταιρεία ".....", ωστόσο ο φορέας που θα δανείσει εμπειρία στον εν λόγω υποψήφιο ανάδοχο είναι η εταιρεία με δ.τ. "....."».* Ακολούθως, η Επιτροπή Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών, δυνάμει του από 20.12.2018 Πρακτικού της, έκρινε σκόπιμη την περαιτέρω διερεύνηση του ζητήματος από αρμόδιο νομικό σύμβουλο, με την παροχή σχετικής γνωμοδότησης επ' αυτού. Κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, παρασχέθηκε η με αριθμό πρωτοκόλλου 1766/19/130741/18.01.2019 γνωμοδότηση του Τμήματος Νομικής Συνδρομής της Διεύθυνσης Προμηθειών/Α.Ε.Α., με το περιεχόμενο που αναφέρεται ανωτέρω στη σκέψη 35 της παρούσας. Ενόψει και του περιεχομένου της ως άνω γνωμοδότησης, η Επιτροπή Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών, δυνάμει του από 05.02.2019 Πρακτικού της, πρότεινε εκ νέου, όπως η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας, κριθεί μη αποδεκτή. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 4000/1/1-ργ'/19.02.2019 εγγράφου του Διευθυντή Προμηθειών του Κλάδου Οικονομοτεχνικής Υποστήριξης και Πληροφορικής του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας, το οποίο κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού σε όλους τους συμμετέχοντες, στις

Αριθμός Απόφασης: 827/2019

20.02.2019, απηύθυνε στην παρεμβαίνουσα αίτημα να αντικαταστήσει την αρχικά δηλωθείσα δανειοπάροχο της (εταιρία «.....»), η οποία κρίθηκε ακατάλληλη, δυνάμει του από 05.02.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών, με άλλη («.....»). Το λοιπό ιστορικό είναι αυτό που περιγράφεται ανωτέρω στη σκέψη 35 της παρούσας.

42. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 2173/2009, 1041/2006, 226/2004, ΣΤΕ 1927/2011, 4282/2009, 2321/2009, 1236/2008, 277/2008, 359/2008, 2262/2004, 1452/2000, 2478/1997), σε περίπτωση κατά την οποία, μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών κριθεί ότι υπάρχει πλημμέλεια αναγόμενη στο στάδιο της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών ή/και των δικαιολογητικών συμμετοχής, η οποία καθιστά αναγκαία για την επιλογή του αναδόχου την εκ νέου αξιολόγησή τους ή την αιτιολόγηση της βαθμολογίας τους, τούτο συνεπάγεται, κατ' αρχήν, τη ματαίωση του διαγωνισμού, αφού είναι ανεπίτρεπτη η νέα αυτή αξιολόγηση (βλ. ΣΤΕ 2283/2006). Έπεται ότι, σε περίπτωση που έχει ήδη εκδοθεί κατακυρωτική απόφαση, αν εκ των υστέρων κριθεί ότι υπάρχει πλημμέλεια αναγόμενη στο στάδιο της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών ή/και των δικαιολογητικών συμμετοχής, η οποία καθιστά αναγκαία, για την επιλογή του αναδόχου, την εκ νέου αξιολόγησή τους ή την αιτιολόγηση της βαθμολογίας τους, η Διοίκηση, εφόσον δεν μπορεί να προχωρήσει σε νέα αξιολόγηση των προσφορών ή αιτιολόγηση της βαθμολογίας τους, είναι υποχρεωμένη να ανακαλέσει την κατακυρωτική αυτή απόφαση και να ματαιώσει τον Διαγωνισμό (ΣΤΕ 4282/2009). Επιπλέον, έχει κριθεί ότι, εφόσον έχει ήδη γίνει αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, η Διοίκηση δεν μπορεί πλέον να αξιολογήσει εκ νέου την τεχνική προσφορά ή/και τα δικαιολογητικά συμμετοχής οικονομικού φορέα, αλλά θα πρέπει αναγκάτως να αχθεί σε ματαίωση του διαγωνισμού, διότι εκ νέου αξιολόγηση τεχνικής προσφοράς με γνωστές ήδη τις οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων είναι ανεπίτρεπτη, αφού δεν διασφαλίζει συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού (ΣΤΕ 2283/2006, 271/2008, 277/2008,

Αριθμός Απόφασης: 827/2019

ΕΑ ΣτΕ 998/2009, 162/2007, 163/2007, 373/2007, 374/2007, 1100/2006, 852/2005, 226/2004, 613/2004 κ.α.). Ενδεικτική της αυστηρότητας με την οποία αντιμετωπίζει η νομολογία την αρχή της αυτοτέλειας των σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας, με επιχείρημα από το μείζον στον έλασσον (*a maiore ad minus*) είναι και η κρίση ότι ακόμα και η ύπαρξη οικονομικών στοιχείων εκτός του σφραγισμένου φακέλου της οικονομικής προσφοράς του διαγωνιζομένου, και μάλιστα εντός του φακέλου της τεχνικής του προσφοράς, επιφέρει τον αποκλεισμό του από την περαιτέρω διαδικασία, τούτο δε ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα στοιχεία αυτά ανταποκρίνονται, κατά το περιεχόμενό τους, στα περιλαμβανόμενα στην οικονομική προσφορά στοιχεία (βλ. ΕΑ ΣτΕ 599/2007), όπως επίσης και ο κανόνας ότι δεν είναι επιτρεπτή η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των υποψηφίων οικονομικών φορέων εάν δεν έχει ολοκληρωθεί το στάδιο της αξιολογήσεως και βαθμολογήσεως των τεχνικών προσφορών (πρβλ. ΣτΕ 2283/2006, ΕΑ ΣτΕ 599/2007, 277/2008). Σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, στην προκειμένη περίπτωση, η προαναφερθείσα νομολογιακή αντιμετώπιση βρίσκει εκ νέου έρεισμα παρά τη διαφορετική διατύπωση του νόμου και στη νέα διάταξη, για τον λόγο ότι άσχετα αν πλέον προβλέπεται η έκδοση μίας και μόνο εκτελεστής απόφασης, η οποία παράγει έννομες συνέπειες και μπορεί να προσβληθεί με προδικαστική προσφυγή, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι καταργούνται τα απόλυτα διακριτά επιμέρους στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας και η αυτοτέλεια εκάστου εξ αυτών. Το ανωτέρω συμπέρασμα προκύπτει τόσο από την ίδια τη διατύπωση του άρθρου, όπως διαμορφώθηκε μετά την τροποποίησή του, όπου ρητά γίνεται αναφορά σε «στάδια» όσο και από την ίδια τη *ratio* της διάταξης που σκοπό έχει να εξασφαλίσει συνθήκες πραγματικού και υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων, αλλά και τη διαφάνεια στη δράση της διοίκησης κατά τη φάση της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων. Υπό την τελευταία αυτή έννοια, δεν μπορεί να θεωρείται ανεκτό από τον νομοθέτη να παρεισφρύνουν στοιχεία της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων στις υποβληθείσες τεχνικές προσφορές

τους ή στα δικαιολογητικά συμμετοχής ούτε όμως και μετά το άνοιγμα και την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών και με γνωστό στην αναθέτουσα αρχή το αποτέλεσμα της, να υπάρχει εκ νέου αξιολόγηση στοιχείων προηγούμενου σταδίου, καθώς εγείρονται σοβαρές υπόνοιες επηρεασμού και μεροληψίας της αναθέτουσας αρχής. Το τελευταίο δε, ανεξάρτητα από τη δυνατότητα που παρέχεται πλέον στην αναθέτουσα αρχή να κρίνει επί όλων των επιμέρους σταδίων με μία και μόνο απόφασή της, γεγονός όμως που κατατείνει στην επιτάχυνση της διαδικασίας και όχι στο να αλλοιώσει το περιεχόμενο της αυτοτέλειας των επιμέρους σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως έχει διαμορφωθεί και υπό το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς και τη σχετική νομολογία. Ως εκ περισσού δε αναφέρεται ότι η αναθέτουσα αρχή έχει κάθε δικαίωμα, πριν την έκδοση της οριστικής, τελικής της απόφασης, να μεταβάλλει άποψη και να απόσχει από προηγούμενη άποψή της που διατυπώθηκε σε προηγούμενο χρονικά πρακτικό, ενόψει τυχόν νέων δεδομένων που τέθηκαν υπόψη της, όπως συνέβη στην προκειμένη περίπτωση, με την υποβολή του από 06.09.2018 Υπομνήματος της προσφεύγουσας, υπό την αυτονόητη όμως προϋπόθεση ότι δεν έχει προχωρήσει η διαγωνιστική διαδικασία σε επόμενο στάδιο, όπως εν προκειμένω διαδοχικά, αφενός με την αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, όπως αυτή συντελέστηκε στις 30.08.2018 και αφετέρου την αξιολόγησή της στις 03.09.2018, γεγονός που καθιστά ακυρωτέα μια τέτοια ενέργεια της αναθέτουσας αρχής και συνεπακόλουθα και τη στηριζόμενη επ' αυτής απόφαση (βλ. Α.Ε.Π.Π. 442/2018, 690/2018 και 1009/2018).

43. Επειδή, περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή είχε ήδη προβεί στην αποσφράγιση και αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και κατά συνέπεια, με την ενέργειά του αυτή, η αναθέτουσα αρχή, προβαίνοντας εκ νέου σε ανεπίτρεπτη αξιολόγηση στοιχείων του σταδίου αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας σε χρόνο ακατάλληλο, ήτοι μετά την αποσφράγιση και αξιολόγηση της

Αριθμός Απόφασης: 827/2019

οικονομικής της προσφοράς, παραβίασε την αρχή της αυτοτέλειας των σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας και προκάλεσε αθεράπευτη ακυρότητα της περαιτέρω διαδικασίας. Τα ανωτέρω δε, ανεξάρτητα από τη διάταξη του άρθρου 100 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε διαδοχικά με το άρθρο 107 παρ. 18 του Ν. 4497/2017 (ΦΕΚ Α΄ 171/13.11.2017) και το άρθρο 33 παρ. 4α του Ν. 4608/2019 (ΦΕΚ Α΄ 66/25.04.2019) και ισχύει, η οποία προβλέπει ότι: *«Τα αποτελέσματα κάθε σταδίου επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες ή στους συμμετέχοντες μαζί με αντίγραφο των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών του αντίστοιχου σταδίου.*

Ειδικά, για τις συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως εξήντα χιλιάδες (60.000) ευρώ, πλέον ΦΠΑ, που δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικά μέσα, εκδίδεται μία απόφαση, κατά τα ανωτέρω, ανεξαρτήτως του κριτηρίου ανάθεσης.

Για τις συμβάσεις που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής ανεξαρτήτως ποσού και ανεξαρτήτως διαδικασίας, αποσφραγίζονται οι φάκελοι δικαιολογητικών, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς όλων των διαγωνιζόμενων για όλα τα στάδια και εκδίδεται μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα:

α) όλων των σταδίων της παραγράφου 2 στην περίπτωση ανοικτής διαδικασίας και

β) [...]». Επισημαίνεται δε, ότι σε συμμόρφωση με τα οριζόμενα στην παρ. 4 του άρθρου 100 του Ν. 4412/2016, περιλαμβάνεται στην παρ. 3.1.2 της Διακήρυξης με τίτλο «Αξιολόγηση προσφορών» σχετικός όρος, ο οποίος ορίζει ότι: «[...] Στη συνέχεια εκδίδεται από την αναθέτουσα αρχή μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα όλων των ανωτέρω σταδίων (“Δικαιολογητικά Συμμετοχής”, “Τεχνική Προσφορά” και “Οικονομική Προσφορά”), η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ.

Κατά της ανωτέρω απόφασης χωρεί προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3.4 της παρούσας.». Η συγκεκριμένη διάταξη του νόμου, καίτοι θεσπίστηκε μετά την αποκρυστάλλωση της προαναφερθείσας νομολογίας, ουδόλως επηρεάζει το περιεχόμενο, την έννοια και την αξία αυτής, δεδομένου ότι αναφέρεται στην υποχρέωση που πλέον υπέχει η αναθέτουσα αρχή να επικυρώνει τα αποτελέσματα των επιμέρους σταδίων ανοιχτού διαγωνισμού, ο οποίος έχει σαν κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, με μία και μόνο απόφασή της. Δεν δύναται ωστόσο να υποστηριχθεί βασίμως ότι, η νέα αυτή διάταξη καταργεί τα επιμέρους στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας ή αλλοιώνει την υποχρέωση της Επιτροπής Διαγωνισμού και της αναθέτουσας αρχής να αποφανθεί αυτοτελώς για κάθε επιμέρους στάδιο και να περιλάβει στην κρίση της αυτή, πλήρη, εμπειριστατωμένη, σαφή και ειδική αιτιολογία, σχετικά με την απόφασή της για κάθε διαγωνιζόμενο και τα υποβληθέντα εκ μέρους του στοιχεία της προσφοράς του (δικαιολογητικά συμμετοχής, τεχνική προσφορά, οικονομική προσφορά). Ως εκ τούτου, σφάλμα που εμφιλοχώρησε κατά την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας και παραβιάζει την αρχή της αυτοτέλειας των σταδίων, όπως στη συγκεκριμένη περίπτωση η επαναξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, μετά την αποσφράγιση και την αξιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς και με γνωστό στην αναθέτουσα αρχή το αποτέλεσμα μεταγενέστερου σταδίου από εκείνο το χρονικό σημείο κατά το οποίο η αναθέτουσα αρχή έκρινε ή όφειλε να έχει κρίνει οριστικά και αμετάκλητα για την υποβληθείσα προσφορά της παρεμβαίνουσας (δικαιολογητικά συμμετοχής και τεχνική προσφορά), προκαλεί η ακυρότητα της όλης διαδικασίας. Η ανωτέρω δε περιγραφόμενη πλημμέλεια της διαδικασίας, δεν θεραπεύεται ούτε με την έκδοση της προσβαλλόμενης, στην οποία συμπεριλήφθηκε εκτενής αιτιολογία σχετική με την κρίση της αναθέτουσας αρχής για την αποδοχή τελικά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Στην ίδια συλλογιστική όσων εκτέθηκαν πιο πάνω, η πρόβλεψη του νόμου για την έκδοση μίας και μόνο απόφασης για την επικύρωση των επιμέρους σταδίων του διαγωνισμού, όχι μόνο δεν συνεπάγεται

την κατάργηση των επιμέρους σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως ήδη ειπώθηκε, αλλά έτι περισσότερο, δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να γίνει δεκτό ότι οδηγεί εν τέλει και στη θεραπεία σφαλμάτων που εμφιλοχώρησαν στα ενδιάμεσα στάδια (υπό την επιφύλαξη των οριζομένων στο άρθρο 106 του Ν. 4412/2016), παρά το γεγονός ότι δεν εκδόθηκαν επιμέρους εκτελεστές προσβλητές διοικητικές πράξεις της αναθέτουσας αρχής για αυτά, αλλά τα αποτελέσματα του διαγωνισμού συνενώθηκαν σε μία και μόνο προσβλητή απόφαση της διοίκησης.

44. Επειδή, ενόψει των όσων διεξοδικά αναπτύχθηκαν στις σκέψεις 35 και 41 της παρούσας, στην κρινόμενη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή, παρά το γεγονός ότι υπήρξαν αλληπάληλες ομόφωνες γνωμοδοτήσεις τόσο της Μόνιμης Επιτροπής Προμηθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών του Αρχηγείου Ελληνικής Αστυνομίας (Μ.Ε.Π.Σ.Δ.Υ.Σ.Υ./Α.Ε.Α.) όσο και της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών, με τις οποίες διαπιστωνόταν η πλημμέλεια στην υποβληθείσα προσφορά της παρεμβαίνουσας, λόγω ανεπάρκειας του αρχικά δηλωθέντος τρίτου φορέα στις ικανότητες του οποίου θα στηριζόταν για την απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και μάλιστα για χρονικό διάστημα τουλάχιστον έξι (6) μηνών μετά τη συντελεσθείσα αποσφράγιση και αξιολόγηση κατά τα ανωτέρω, της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, εντούτοις, κατά απόλυτα παράνομο τρόπο, όπως εκτέθηκε αναλυτικά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, η αναθέτουσα αρχή, επέμεινε σε μια προσπάθεια διάσωσης της νομιμότητας της υποβληθείσας προσφοράς της παρεμβαίνουσας, προκειμένου να μπορέσει να ολοκληρωθεί η διαγωνιστική διαδικασία. Και τούτο, είναι σαφές, παρά τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, ότι δεν υπήρξε ουδεμία μετακίνηση εκ μέρους της σε πρότερα ήδη περατωθέντα στάδια, καθώς, όπως εναργώς προέκυψε από την ανάλυση που προηγήθηκε, πράγματι υπήρξε ανεπίτρεπτη επαναξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, μετά την αποσφράγιση και την αξιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς.

Αυτό δε καθίσταται προφανές δεδομένου ότι, η προσβαλλόμενη απόφαση έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, με εντελώς διαφορετικό περιεχόμενο, σε ό,τι αφορά τη στήριξή της σε τρίτους φορείς, σε σχέση με αυτό που είχε αυτή τόσο κατά τον χρόνο αρχικής υποβολής της, με τη συμμετοχή της παρεμβαίνουσας στον υπό κρίση διαγωνισμό, όσο και κατά τον χρόνο που αυτή έγινε αρχικά δεκτή και αποκρυσταλλώθηκε, χωρίς δυνατότητα μεταβολής της, μετά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς και κρίθηκε αποδεκτή στο επόμενο στάδιο της αποσφράγισης και αξιολόγησης της οικονομικής της προσφοράς (πρβλ. και υποπαρ. 2.2.7.2 της διακήρυξης με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα», σελ. 20). Κατά συνέπεια, ενόψει των όσων αναπτύχθηκαν διεξοδικά στις ανωτέρω σκέψεις, ο λόγος αυτός προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και αντίστοιχα να απορριφθούν ως αβάσιμοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής.

45.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, λόγω του ότι αφενός νομιμώς απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος και μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος, στον διαγωνισμό, ουδείς αποδεκτός προσφέρων απέμεινε, θα πρέπει να γίνει δεκτό το αίτημα του προσφεύγοντος περί ματαίωσης σύμφωνα με τα αναλυτικά εκτεθέντα στην παρούσα.

46.Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

47.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

48.Επειδή, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 827/2019

Ακυρώνει την με αριθμό πρωτοκόλλου 4000/1/1-ογ'/22.05.2019 Απόφαση του Προϊσταμένου του Κλάδου Οικονομοτεχνικής Υποστήριξης & Πληροφορικής του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Δέχεται εν μέρει την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού τριών χιλιάδων εξακοσίων τριάντα ευρώ (3.630,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12 Ιουλίου 2019 και εκδόθηκε στις 29 Ιουλίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου

Ηλέκτρα Νικολακοπούλου